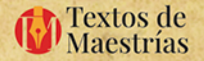
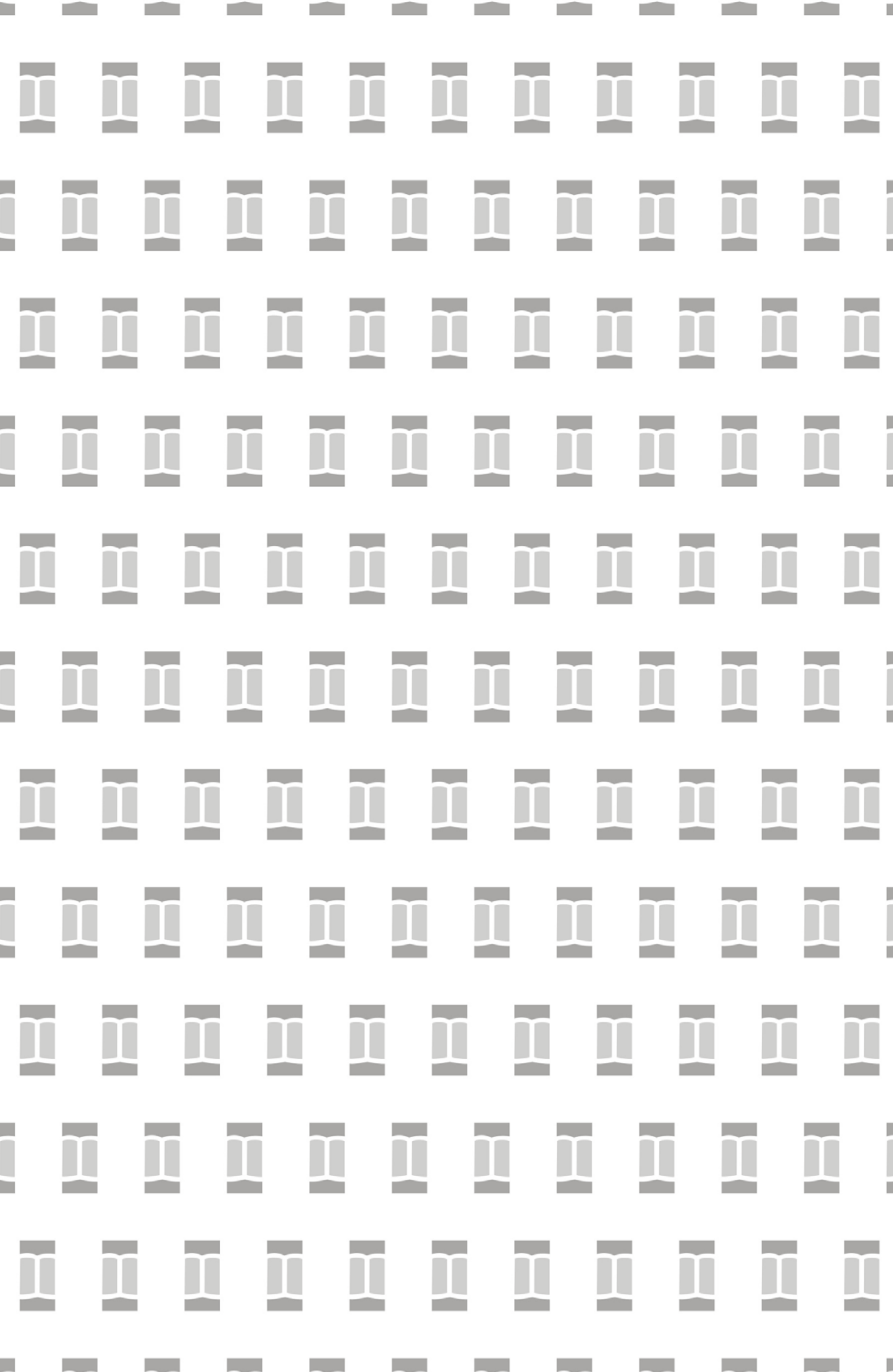
Derechos políticos de los destinatarios de la acción disciplinaria en el ordenamiento jurídico colombiano

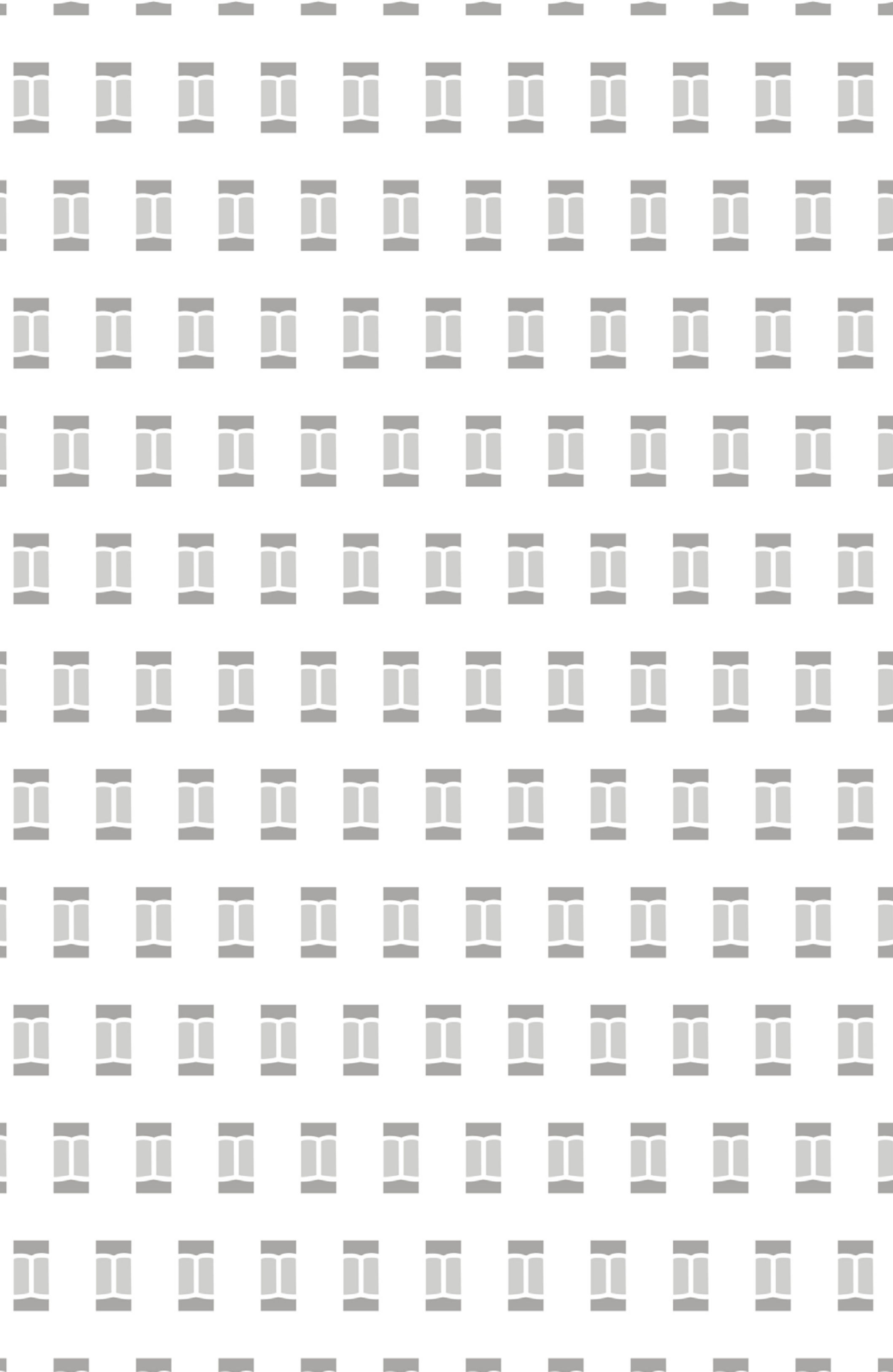
Tensiones jurídicas entre el derecho vigente y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Julio César Lopera Posada
César Augusto Pérez Rodríguez









DERECHOS POLÍTICOS DE LOS DESTINATARIOS DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

DERECHOS POLÍTICOS DE LOS DESTINATARIOS DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Tensiones jurídicas entre el derecho vigente y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Julio César Lopera Posada
César Augusto Pérez Rodríguez



323.5
L864

Derechos políticos de los destinatarios de la acción disciplinaria en el ordenamiento jurídico colombiano: tensiones jurídicas entre el derecho vigente y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos / Julio César Lopera Posada, César Augusto Pérez Rodríguez

Medellín, Colombia : Ediciones UNAULA, 2023.
72 páginas (Textos de Maestrías)

ISBNe: 978-628-7557-23-9

I. 1. Derechos políticos – Colombia
2. Acción disciplinaria (Derecho disciplinario) – Colombia
3. Servidor público – Colombia
4. Convención Americana de Derechos Humanos
5. Limitación a los derechos civiles y políticos – Colombia

II. 1. Lopera Posada, Julio César
2. Pérez Rodríguez, César Augusto

Textos de Maestrías
Ediciones UNAULA
Marca registrada del Fondo Editorial UNAULA

DERECHOS POLÍTICOS DE LOS DESTINATARIOS DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO
Tensiones jurídicas entre el derecho vigente y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Primera edición: junio de 2023

ISBNe: 978-628-7557-23-9

Corrección de textos
Fondo Editorial UNAULA

Diseño, diagramación e impresión
Taller Artes y Letras s.a.s.

Imagen intervenida y tomada de
https://unsplash.com/es/fotos/DZpc4UY8ZtY

Hecho en Medellín - Colombia
Universidad Autónoma Latinoamericana UNAULA
Cra. 55 No. 49-51 Medellín - Colombia
PBX: [57+604] 511 2199
www.unaula.edu.co

Privar a las personas de sus derechos humanos
es poner en tela de juicio su propia humanidad

Nelson Mandela

Monografía presentada para optar al título de magíster en Derecho Administrativo, en la Escuela de Posgrado de la UNAULA (2021).

Director de tesis: Dúber Armando Celis Vela, Doctor en Filosofía

Tabla de contenido

Resumen

El artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos protege los derechos políticos de los ciudadanos y, en su numeral segundo, dispone que la ley puede reglamentar su ejercicio, entre otras razones, por condena de juez competente en proceso penal. En consecuencia, las autoridades administrativas no podrían restringir tales derechos. La interpretación vigente de la disposición referida reconoce que son los servidores públicos de elección popular los destinatarios de la protección convencional de los derechos políticos. En este contexto, la Constitución Política de 1991 otorga a la Procuraduría General de la Nación competencias para investigar y sancionar disciplinariamente la conducta oficial de quienes ejercen funciones públicas con la destitución, inhabilidad y suspensión en el ejercicio del cargo. Esta potestad ha sido puesta en duda en el caso de servidores de elección popular porque limita los derechos políticos. A pesar de la interpretación señalada, el artículo 23 *ibídem* no parece limitar la protección allí contenida a los servidores públicos de elección popular. Esta monografía analiza si la protección del artículo 23 *ibídem* es aplicable a servidores públicos diferentes a los de elección popular. Además, examina si otras autoridades administrativas,

diferentes de la Procuraduría, que también ejercen acción disciplinaria, pueden imponer sanciones que restrinjan derechos políticos. En el texto se argumenta que existen tensiones normativas entre el sistema interamericano y el ordenamiento jurídico colombiano sobre la naturaleza jurídica de la autoridad facultada para restringir derechos políticos, pues tales derechos no son exclusivos de los funcionarios de elección popular, sino que abarcan a todos los servidores públicos, e incluso a particulares que ejercen funciones públicas.

Palabras clave

Derechos políticos, servidores públicos, sanciones administrativas.

Introducción

El artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —en adelante Convención ADH— aprobada por Colombia mediante ley 16 de 1972, protege los derechos políticos de los ciudadanos, quienes gozan de tres prerrogativas: i) participar en la dirección de los asuntos públicos, ii) elegir y ser elegido en elecciones que garanticen la libre expresión de los electores, y iii) acceder a las funciones públicas. El numeral segundo del artículo citado contempla que la ley puede reglamentar las prerrogativas indicadas o limitar su ejercicio por condena de juez competente en proceso penal. En este sentido, autoridades distintas a los jueces penales, como las autoridades que ejercen funciones administrativas, no podrían restringir tales derechos a los ciudadanos. Sin embargo, la interpretación que se ha hecho de la disposición referida, reconoce que son los servidores públicos de elección popular los destinatarios de la protección que la Convención ADH consagra para los derechos políticos.

La Constitución Política de 1991 otorga a la Procuraduría General de la Nación competencias para vigilar, investigar y sancionar disciplinariamente la conducta oficial de quienes ejercen funciones públicas y, al mismo tiempo, prevé la posibilidad de desvincularlos del

cargo cuando se verifican determinadas causales. En esos términos están reguladas las potestades del procurador general en los artículos 277.6 y 278 de la constitución vigente. A su vez, el artículo 44 de la ley 734 de 2002 dispone que las faltas disciplinarias pueden ser sancionadas con destitución, inhabilidad y suspensión en el ejercicio de funciones públicas, así como multa y amonestación. Las tres primeras implican una limitación de derechos políticos. Con fundamento en estas competencias, y de acuerdo con el Observatorio de Transparencia y Anticorrupción (2020), en el año 2020 el 90% de las sanciones disciplinarias fueron de inhabilidad, destitución y suspensión. En particular, las sanciones impuestas fueron "inhabilidades de diferente índole con mil trescientas (43%) del total. Le siguen las destituciones de diferente índole con 1.233 (42%). Las suspensiones fueron 168 (5%)" (Observatorio de Transparencia y Anticorrupción, 2020).

Esa potestad de la Procuraduría ha sido puesta en duda en el caso de servidores de elección popular porque limita los derechos políticos. Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en lo sucesivo Corte IDH—, en la sentencia del caso "Gustavo Petro contra Colombia", sostiene que el artículo 23 de la Convención Americana es claro en que el mismo no permite que un órgano administrativo aplique una sanción que implique una restricción de sus derechos políticos a elegir y ser elegido. Una sanción de esta naturaleza solo sería viable si proviene de un acto jurisdiccional del juez competente en materia penal (Cfr. Corte IDH, 2020, caso "Petro Urrego contra Colombia").

En esa misma sentencia, la Corte IDH concluyó que las disposiciones originales de la Constitución Política de 1991 y de la ley 734 de 2002 que facultan a la Procuraduría para imponer sanciones de destitución o inhabili-

dad a un funcionario elegido popularmente, constituyen un incumplimiento de las obligaciones contempladas en el artículo 23.2 de la Convención ADH porque conceden a una autoridad, en su momento exclusivamente administrativa —la Procuraduría—, una atribución que la Convención ADH reserva a juez competente mediante condena en proceso penal. Por tal razón, la Corte IDH ordenó al Estado colombiano adecuar su ordenamiento jurídico interno para armonizarlo con las disposiciones de la Convención ADH (Cfr. Corte IDH, 2020, caso "Petro Urrego contra Colombia"). Debe resaltarse que, como se aprecia en los párrafos 96 y 98 de la providencia citada, la Corte IDH interpreta que la protección del artículo 23.2 de la Convención ADH abarca a los funcionarios elegidos por voto popular.

La ley 734 de 2002 fue derogada por la ley 1952 de 2019, la cual establece un nuevo régimen disciplinario a partir del 29 de marzo de 2022. La competencia regulada por la nueva ley para investigar y sancionar disciplinariamente a los colaboradores del Estado conserva el diseño de la Ley 734 de 2002. Como respuesta a la sentencia Gustavo Petro contra Colombia se expidió la ley 2094 de 2021 que atribuyó a la Procuraduría General de la Nación funciones jurisdiccionales para el ejercicio de la acción disciplinaria contra algunos servidores públicos, cambio que entró en vigencia el pasado 29 de junio de 2021. Los antecedentes de la ley 2094 de 2021 revelan que su finalidad es dar cumplimiento a la sentencia de la Corte IDH en lo que concierne a los servidores públicos de elección popular. En palabras de la misma Procuraduría General de la Nación, de acuerdo con dicha providencia, ese órgano perdió su competencia para disciplinar a los servidores públicos elegidos popularmente (Procuraduría General de la Nación, 2021, p. 16).

A pesar de la interpretación señalada, el tenor literal del artículo 23 de la Convención ADH no parece limitar la protección, allí contenida, a los servidores públicos de elección popular, ya que la única forma de participar en la dirección de los asuntos públicos no es mediante el desempeño de cargos de elección popular, ni el acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas puede hacerse solo en ejercicio de ellos. Efectivamente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la ley 909 de 2004, existen otras categorías de servidores públicos como los de carrera administrativa, de libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales, entre otros, que también son sujetos pasivos de la acción disciplinaria de la Procuraduría. Asimismo, hay quienes, careciendo de la calidad de servidores públicos, son sujetos disciplinables como los interventores y supervisores de contratos estatales y los particulares que ejercen funciones públicas tal como establecen los artículos 25 y 53 de la ley 734 de 2002 —en igual sentido los artículos 25 y 70 de la ley 1952 de 2019—.

Además de lo dicho, hay otras autoridades administrativas que, conforme con la ley, también ejercen acción disciplinaria como la Superintendencia de Notariado y Registro, los personeros distritales y municipales, las oficinas de control disciplinario interno y los nominadores, como lo contempla el artículo 67 de la ley 734 de 2002 —igual regulación en el artículo 83 de la ley 1952 de 2019—. Cabe entonces preguntarse si la protección del artículo 23 de la Convención ADH es aplicable a otros servidores públicos diferentes a los de elección popular, a los interventores y supervisores de contratos estatales como a particulares que ejercen funciones públicas. Igualmente, interesa indagar si las otras autoridades administrativas, diferentes a la Procuraduría, que tam-

bién ejercen la acción disciplinaria, pueden imponer sanciones que restrinjan derechos políticos.

Para responder a dichas inquietudes, la investigación se ha planteado como objetivo principal analizar el alcance de los derechos políticos contemplados en la Convención ADH frente a las facultades sancionatorias de destitución e inhabilitación que pueden ser impuestas en ejercicio del control disciplinario regulado en el ordenamiento jurídico colombiano. Con el propósito de lograrlo, el trabajo se ha dividido en tres capítulos. En el primero, se reconstruye el contenido y el alcance de los derechos políticos protegidos en la Convención ADH a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH. En el segundo, se describe el régimen sancionatorio aplicable a los destinatarios de la acción disciplinaria que está definido en el ordenamiento jurídico colombiano. En el último, se determinan los límites convencionales que tiene la potestad sancionatoria en materia disciplinaria frente a los derechos políticos de los destinatarios de la acción disciplinaria.

La investigación realizada tiene un carácter dogmático con el alcance de un análisis de *lege lata* y algunas propuestas de *lege ferenda* (Courtis, 2006), dado que cumple una tarea descriptiva sobre un grupo de normas respecto de las cuales hay distintas reconstrucciones, y una tarea prescriptiva que permita dar razones para preferir una reconstrucción sobre las demás (p. 122). Dicho esquema se aplica también a las sentencias judiciales de las cortes mencionadas en el objeto de investigación, es decir, hay un ejercicio de *sentencia lata* y de *sentencia ferenda*. Los métodos que se utilizarán para analizar las normas jurídicas serán el lingüístico, sistemático y lógico (Courtis, 2006, p. 135). Se acudió a la estrategia de investigación documental para la construcción de referentes conceptua-

les y la revisión de la doctrina y jurisprudencia sobre el tema. El rastreo de fuentes documentales se hizo en libros, artículos académicos, monografías o tesis de grado, sentencias judiciales, entre otros, los cuales fueron consultados principalmente en bases de datos digitales. Las sentencias se rastrearon en las páginas *web* oficiales de la Corte IDH, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

En la monografía sostenemos que, pese a las reformas realizadas, existen tensiones normativas entre el Sistema Interamericano y el ordenamiento jurídico colombiano sobre la naturaleza jurídica de la autoridad que detenta la facultad para restringir los derechos políticos. Esa tensión se remonta, en lo jurisprudencial, a la interpretación que sobre el punto ha hecho la Corte IDH frente a la que hizo la Corte Constitucional. La primera considera que los derechos políticos de los funcionarios elegidos popularmente solo pueden ser limitados por un juez penal, mientras que la segunda estimó que también pueden hacerlo otras autoridades, como ocurre en Colombia con la Procuraduría General de la Nación, lo que parece evidenciar un problema de diseño institucional.

En la investigación también se plantea que los derechos políticos reconocidos en la Convención ADH no son exclusivos de los funcionarios públicos de elección popular, sino que abarcan también a todos los servidores públicos, e incluso a particulares que ejerzan funciones públicas. La restricción de sus derechos políticos, según la reconstrucción que de ellos hace la Corte IDH, sería también una competencia propia de los jueces penales, por lo que no tendrían competencia para hacerlo ni la Procuraduría ni ninguna de las otras autoridades administrativas que actualmente ejercen en Colombia funciones disciplinarias.

El problema de investigación analizado y los argumentos planteados son necesarios porque abordan una problemática que toca directamente con derechos que gozan de relevancia constitucional reconocidos no solo en la Constitución Política, sino también en instrumentos internacionales como la Convención ADH. Así, los derechos políticos son considerados como instrumentos ciudadanos que permiten consolidar la democracia participativa a tal punto que "… no hay derechos políticos sin democracia, y no hay democracia sin derechos políticos" (Corte Constitucional, sentencia C-027 de 2018). Además, la investigación aborda la función constitucional —artículo 277, numeral 6 y 278 de la Constitución Política— y legal —artículos 44, 45 y 46 de la ley 734 de 2002— atribuida a la Procuraduría General de la Nación y a otras autoridades para imponer sanciones disciplinarias a los servidores públicos y a los particulares que ejercen función pública, sanciones que restringen derechos políticos de los destinatarios de la acción disciplinaria, lo que parece contrariar el artículo 23 de la Convención ADH en virtud del cual una autoridad administrativa no podría ejercer una función punitiva que restrinja derechos políticos de funcionarios democráticamente electos (Corte IDH, 2020, caso "Petro Urrego contra Colombia").

Si la Procuraduría General de la Nación no puede aplicar sanciones que limiten los derechos políticos de los destinatarios de su acción disciplinaria, ello cuestionaría todos los fallos con responsabilidad disciplinaria que restringieron derechos políticos desde la entrada en funcionamiento de la entidad; y si, según el artículo 23 de la Convención ADH, los derechos políticos solo pueden ser limitados por juez penal competente, eso querría decir que las sanciones disciplinarias que restringen derechos políticos, impuestas por otras autoridades admi-

nistrativas como las oficinas de control disciplinario interno, los empleados nominadores, también estarían en entredicho porque ellas no fungen como jueces penales.

Por último, la situación problemática planteada es de tal envergadura que, aparentemente, se presenta una contradicción entre la regla jurisprudencial reiterada por la Corte Constitucional que sostiene la constitucionalidad de la facultad de la Procuraduría para limitar derechos políticos (Corte Constitucional, sentencia C-111 de 2019) y la tesis de la Corte IDH que afirma que dicha facultad constituye un incumplimiento de las obligaciones de protección de los derechos contenidos en el artículo 23 de la Convención ADH (Corte IDH, 2020, caso "Petro Urrego contra Colombia").



Capítulo 1

1. Los derechos políticos protegidos en la Convención ADH a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH

Los derechos políticos hacen posible participar de manera activa y de distintas formas en los asuntos públicos. No solo están relacionados con otros derechos fundamentales, sino que se expresan en múltiples dimensiones dependiendo de la naturaleza de la participación y su intensidad. El presente capítulo pretende reconstruir el contenido y el alcance de los derechos políticos protegidos en la Convención ADH a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH. La interpretación judicial que se ha hecho de las disposiciones convencionales y constitucionales que consagran estos derechos plantea diversos interrogantes sobre sus titulares, su alcance, la forma en que pueden restringirse y el sujeto que puede limitarlos. El estándar de protección interamericano y decisiones de au-

toridades locales han puesto a los derechos políticos en el centro de la discusión. Con el fin alcanzar el objetivo planteado, el capítulo está dividido en dos partes: en la primera se analiza un concepto de derechos políticos, y en la segunda, se reconstruye el estándar de protección definido por la Corte IDH. En estos términos, damos cuenta de la satisfacción que supone el reconocimiento de los derechos políticos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

1.1. El contenido y alcance de los derechos políticos: un marco de potestades públicas que garantizan la participación

Los derechos políticos están reconocidos en distintas fuentes del derecho, unas de rango convencional y otras de carácter constitucional, las cuales pertenecen al bloque de constitucionalidad desarrollado por la Corte Constitucional para darle el máximo rango al derecho internacional de los derechos humanos en el orden jurídico local (Cepeda Espinosa y Landau, 2017, p. 42). El artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece el derecho de toda persona a formar parte del gobierno de su respectivo país, ya sea de manera directa o por medio de representantes escogidos libremente; y el derecho de acceder a las funciones públicas. El artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contempla, además del derecho a participar de los asuntos públicos, el de votar y ser elegido, disposiciones normativas muy similares a las del artículo 23 de la Convención ADH, que denomina a estos derechos como “derechos políticos”. Este último instrumento prevé que su ejercicio puede ser reglamentado —limitado— por la ley por motivos de edad, na-

cionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad o condena de juez competente en proceso penal.

El preámbulo de la Constitución Política de 1991 fija como fin del Estado el de asegurar a los integrantes de la Nación sus derechos dentro un marco jurídico democrático y participativo. Esto es reiterado en los artículos 3, 40 y 270 *ibídem* que garantizan la democracia directa y la participativa, al igual que el derecho a conformar, ejercer y controlar el poder político que se concreta en la facultad de elegir y ser elegido, participar en elecciones y otras decisiones mediante el voto, constituir agrupaciones políticas y divulgar sus ideas, interponer acciones públicas para defender la Constitución y la ley, y desempeñar funciones públicas. En este sentido, el sistema constitucional consagra derechos políticos que constituyen la piedra angular de la participación política en el ordenamiento jurídico. Sin derechos políticos no sería posible la democracia, la cual informa el diseño institucional del poder público en Colombia.

El desarrollo de los conceptos jurídicos es una tarea fundamental de los juristas, lo cual contribuye, de manera indirecta, a la identificación del derecho vigente. Extraer de los documentos normativos señalados una definición de derechos políticos no es tarea fácil porque las definiciones doctrinales generalmente originan muchas dificultades dados los alcances que pueden tener al momento de su aplicación. Uno de los rasgos del lenguaje jurídico es su textura abierta (Hart, 1994, p. 124). Por esta razón, los conceptos jurídicos admiten múltiples elaboraciones jurisprudenciales y dogmáticas. Sin duda, la noción de derecho subjetivo no es la excepción. La idea de derechos políticos exige analizar qué se entiende por una situación jurídica subjetiva. De acuerdo con Guastini (2016), el derecho como una situación jurídica subjeti-

va de ventaja —derecho subjetivo— denota un atributo conferido por una norma a un sujeto. En este sentido, un derecho subjetivo presupone la existencia de una norma de derecho positivo cuya función es constituirlo y radicarlo en cabeza de una clase de individuos. Este es el papel que tienen tanto las disposiciones constitucionales como los instrumentos internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad.

La simplicidad semántica del concepto planteado de derecho subjetivo no puede llevar a equívocos. Sin duda, se trata de un concepto bastante ambiguo pues puede tener distintas acepciones según el contexto en que se emplee (Guastini, 2016, p. 90). Así, derecho subjetivo puede referirse a comportamientos, como cuando su titular goza del derecho a realizar una determinada conducta —el derecho que tiene el ciudadano a votar— o el derecho a que otro sujeto ejecute determinada acción —el ciudadano tiene el derecho a que el Estado ejecute las acciones necesarias para que se realicen elecciones por voto popular—. La noción *derechos subjetivos*, aunque en un sentido impropio, puede también referirse a situaciones distintas a comportamientos, como cuando expresa potestades de creación, modificación y extinción de situaciones jurídicas —el caso del ciudadano que resulta elegido popularmente y ejerce sus competencias en la producción de nuevas normas jurídicas—.

Cuando el objeto del derecho subjetivo es el comportamiento su titular, su sentido puede designar una libertad y también una inmunidad que genera la incompetencia de un órgano para limitarlo (Guastini, 2016, pp. 92-93). La libertad tiene lugar cuando una norma le permite al sujeto ejecutar un comportamiento —libertad fuerte— o cuando no existe una norma en el ordenamiento jurídico que le ordena o le prohíbe ejecutarlo —libertad débil—

(Guastini, 2016, p. 92). La inmunidad es una situación jurídica que se configura porque una norma expresamente la otorga, es decir, como cuando los ciudadanos están protegidos contra la restricción de circulación por motivos políticos —inmunidad fuerte— o porque a un sujeto ninguna norma le carga con una sujeción frente a otro —inmunidad débil— (Guastini, 2016, p. 93). En ambos sentidos, la inmunidad supone que una autoridad carece de la potestad para modificar las situaciones jurídicas de los ciudadanos; por tanto, se comportan como formas de protección contra el ejercicio del poder. Sin inmunidades los poderes normativos serían ilimitados, lo cual contradice postulados básicos de un Estado de derecho.

Si se analizan las distintas dimensiones establecidas en las normas que consagran los denominados derechos políticos, podría afirmarse que el derecho de participar de los asuntos públicos, de votar y ser elegido, así como de acceder a las funciones públicas; designa unas libertades fuertes, en términos de Guastini, pues le permiten al titular del derecho ejecutar un comportamiento —participar, elegir y ser elegido, acceder a cargos públicos—. El que solo la ley pueda reglamentar los derechos mencionados o que los derechos políticos solo puedan ser limitados por condena de juez penal competente, designa una inmunidad fuerte, en palabras de Guastini, los ciudadanos estarían protegidos contra la restricción de tales derechos por autoridades distintas al juez penal. Las autoridades administrativas, por ejemplo, no estarían autorizadas a modificar, dígase limitar, la situación jurídica de las personas en orden a restringir los derechos mencionados. Si leemos la Convención ADH a partir del aparato conceptual formulado por Guastini (2016), las autoridades administrativas no estarían autorizadas para imponerle a las personas normas de conducta que afecten sus derechos políticos.

Los artículos 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 23 de la Convención ADH podrían ser interpretados como normas de competencia en los términos planteados por Arriagada Cáceres (2017), es decir, no solo son privilegios, sino posibilidades para participar activamente en las actividades de producción, modificación o derogación de normas jurídicas (Arriagada, 2017, p. 117). Lo dicho anteriormente le permite a la autora citada reconstruir a los derechos civiles no como derechos subjetivos, sino como potestades de participación política equiparando los derechos civiles con los derechos políticos en tanto que los dos constituyen presupuestos básicos para la democracia: los derechos civiles le permiten a las personas decidir sobre la invalidez de las normas jurídicas que producen las autoridades, y los derechos políticos, participar en las decisiones de crear, modificar o derogar esas normas (Arriagada, 2015, p. 132).

En esos términos, los derechos políticos implican el derecho que detenta toda persona de participar en la dirección del Estado por ser miembro de la sociedad, pues la administración del gobierno estatal no puede pertenecer exclusivamente a un solo sector social; por eso, todos los ciudadanos gozan del derecho de acceder a cargos públicos, de elegir y ser elegidos en tanto hacen parte de un régimen de democracia participativa (Naranjo, 2018, pp. 559-560). La participación, dice Quinche (2020), es considerada también como un principio fundamental de la democracia que puede ser participativa o directa, así como representativa o indirecta tal como lo prescribe el artículo 3 de la Constitución Política de 1991. En este sentido, los derechos políticos no solo implican potestades de participación en el ejercicio del poder político, sino que constituyen prerrogativas que deben radicarse

en todos los ciudadanos para fortalecer el alcance de la democracia en las sociedades contemporáneas.

Sobre el origen de la democracia representativa, Dahl (1992) explica que las ciudades-estados eran gobernadas por algunos sectores sociales; sin embargo, en el siglo V antes de Cristo hubo una transformación que consistió en que una importante cantidad de ciudadanos —varones adultos libres— lograron el derecho a participar de manera directa en el gobierno, lo cual originó el sistema en el que el pueblo se autogobierna (Dahl, 1992, p. 21). Posteriormente, por la cantidad de ciudadanos y por la residencia de muchos de ellos en lugares alejados de la capital donde se reunían las asambleas, no participaban efectivamente en las decisiones de la ciudad, lo que transformó poco a poco a las asambleas en cuerpos en los que los ciudadanos elegían a sus representantes en ellas, tornando así la democracia directa en democracia representativa (Dahl, 1992, pp. 40-41). Los derechos políticos actúan como un cauce articulador de la democracia (Pérez Luño, 1993, p. 181). La participación se puede ejercer de distintas formas y con múltiples intensidades, lo cual inciden en la legitimidad de las decisiones que se adoptan en una democracia.

La participación constituye un derecho fundamental que permite conformar y ejercer el control político (Quinche, 2020, p. 27). Sobre este derecho, Cobbett, citado por Waldron (2005), sostiene que el más grande derecho que tiene el ser humano es participar en la creación de las leyes; sin duda, se trata del “derecho de los derechos”. En una democracia, lo ciudadanos conservan la posibilidad de intervenir no solo en la definición de los derechos reconocidos, sino en la determinación de su sentido y alcance. Waldron (2005) llama la atención en que lo dicho podría sugerir que el derecho a la participación

política tiene mayor entidad o importancia que el resto de los derechos con los que eventualmente se vea en controversia, como cuando en ejercicio de su derecho de participación una mayoría limita el ejercicio al derecho a la libertad de culto. Sin embargo, Waldron (2005) concluye que el derecho a la participación no tiene prioridad moral sobre otros derechos, sino que su ejercicio resulta útil cuando los sujetos de derecho están en desacuerdo sobre cuáles derechos tienen.

Si el ser humano vive en sociedad, al lado de otros, es un derecho fundamental el poder intervenir en el gobierno, intervenir en la toma de decisiones que le afectan o le traen consecuencias a su vida, de ahí la importancia de involucrarse en el manejo de los asuntos públicos. Lo dicho se encarna a través de los derechos políticos que hacen posible la participación en la gestión pública. En Colombia, los derechos políticos son derechos ciudadanos ejercidos por quienes ostentan la ciudadanía, la cual se adquiere a partir de los dieciocho años según lo dispuesto en el artículo 98 de la Constitución Política. Además, se encuentran reservados a los nacionales colombianos, aunque el derecho al voto esta permitido a los extranjeros residentes en Colombia para elecciones y consultas populares municipales y distritales, de acuerdo con lo previsto en el artículo 100 de la Constitución, tópico regulado en la ley 1070 de 2006.

Los derechos políticos incluyen el derecho a elegir, a votar —sufragio activo— en las diferentes elecciones y se ejerce de manera individual. También abarcan el derecho a ser elegido —sufragio pasivo— lo que implica el derecho a ser parte de partidos o movimientos políticos, a hacer campaña política, a efectuar aportes económicos o de otro orden a la causa, a reunirse, a ejercer el derecho de petición para obtener información, a expresarse y a difundir

formas de pensar, e incluso a protestar. Los derechos políticos exigen del Estado la ejecución de las acciones necesarias para la realización de las elecciones, pero también la abstención de acciones que impidan o limiten las legítimas actividades que les permitan a los ciudadanos elegir a sus gobernantes como impedir reuniones, manifestaciones, actividades proselitistas, entre otras.

Una faceta muy importante de estos derechos incluye el derecho de acceso a los cargos públicos. Las normas jurídicas que contemplan los derechos políticos no restringen su ejercicio a una determinada clase de cargos, como los de elección popular, de suerte que dicho ejercicio se extiende a cargos públicos de cualquier naturaleza, siempre que el ciudadano interesado cumpla los requisitos establecidos por la Constitución y la ley para ello, sin que tales requisitos puedan justificar discriminación alguna. Efectivamente, el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que todos los ciudadanos gozan de derechos políticos sin restricciones indebidas.

En armonía con lo anterior, y según lo establecido en el artículo 23.2 de la Convención ADH, el ejercicio de los derechos políticos puede ser limitado exclusivamente por razones como la edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena en proceso penal por juez competente. En Colombia, por ejemplo, solo pueden votar quienes hayan cumplido dieciocho años; los extranjeros no pueden votar en elecciones presidenciales; solo los extranjeros residentes podrían votar en elecciones municipales y consultas populares de carácter municipal y distrital en la forma y términos que establece la ley 1070 de 2006.

1.2. Reconstrucción de los derechos políticos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte IDH ha perfilado el concepto de derechos políticos resaltando que ellos gozan de tanta importancia que la Convención ADH prohíbe en su artículo 27 la suspensión de los mismos, los cuales son elementos esenciales de la democracia representativa (Corte IDH, 2005, caso "Yatama contra Nicaragua"). La participación democrática, dice la Corte, incluye diferentes actividades que pueden ser realizadas de manera individual o mediante organizaciones, con el fin de intervenir en la elección de los futuros gobernantes e incidir en la formación de la política de Estado mediante participación directa.

El derecho a ser elegido permite a los ciudadanos presentarse en situación de igualdad como candidatos y el derecho a ejercer los empleos públicos, en caso de lograr los votos necesarios. El derecho de acceder a las funciones públicas, también en condiciones de igualdad, hace posible diseñar, implementar, desarrollar y ejecutar de manera directa políticas estatales tanto "... por elección popular como por nombramiento o designación" (Corte IDH, 2005, caso "Yatama contra Nicaragua"). Esto último es de suma importancia ya que la Corte IDH no limita los derechos políticos a funcionarios de elección popular, sino que entiende que los mismos se extienden a funcionarios diferentes a los de elección popular.

La Corte IDH, apoyándose en un caso resuelto por la Corte Europea de Derechos Humanos, ha precisado que el ejercicio de los derechos políticos no es un derecho absoluto, de manera que puede ser restringido siempre que se respeten principios como el de legalidad, necesidad y proporcionalidad. Conforme con el artículo 23, numeral 2, de

la Convención ADH, la limitación de los derechos políticos debe estar contemplada en la ley, no puede ser por causas discriminatorias, debe obedecer a criterios razonables, y propender por un fin útil, necesario y proporcional en orden a garantizar un interés público. Si existen distintas alternativas para garantizar el interés público, debe preferirse el menos restrictivo (Corte IDH, 2005, caso "Yatama contra Nicaragua").

El que el numeral 2 del artículo 23 de la Convención ADH faculte a los Estados miembros a limitar el ejercicio de los derechos políticos por motivo de "edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal", tiene como propósito evitar la discriminación en el goce de dichos derechos (Corte IDH, 2008, caso "Castañeda Gutman contra México"). Las restricciones indicadas solo pueden tener origen en la ley, entendiendo por tal, ley en sentido formal y material según lo ha interpretado la Corte IDH. Las finalidades que justifiquen las restricciones deben estar permitidas en la Convención ADH como la protección del orden público, los derechos de los demás o el bien común. La necesidad y proporcionalidad de las restricciones según se orienten a asegurar una sociedad democrática (Corte IDH, 2008, caso "Castañeda Gutman contra México"). El sentido de estas interpretaciones es igual en el caso "Argüelles y otros contra Argentina" (Corte IDH, 2014, caso "Argüelles y otros contra Argentina").

Es importante resaltar que la Corte IDH afirma que en la Convención ADH no existe ninguna disposición que exija que la única forma de ser candidato a cargos de elección popular sea por medio de partidos políticos, sin negar la relevancia que estas organizaciones tienen para la democracia. Es contrario a los artículos 23 y 24 de la

Convención ADH imponer a los candidatos su participación en certámenes electorales por medio de partidos políticos sin justificación razonable, y más si se trata de comunidades indígenas y étnicas que tienen sus propias costumbres y tradiciones. Esto por cuanto se limitaría innecesariamente el goce pleno de los derechos políticos (Corte IDH, 2005, caso "Yatama contra Nicaragua").

No obstante, lo anterior, la Corte IDH también considera que establecer un sistema electoral de postulación exclusiva por partidos políticos no necesariamente resulta más restrictivo que un sistema que permita la postulación de candidaturas independientes pues ello dependerá de las circunstancias precisas de la regulación. Así, por ejemplo, un sistema de candidaturas independientes podría establecer mayores exigencias para postular a un candidato que el sistema de nominación por partidos políticos (Corte IDH, 2008, caso "Castañeda Gutman contra México").

En su labor de reconstrucción del alcance de los derechos políticos, la Corte IDH ha precisado que el artículo 23.2 de la Convención ADH establece en qué casos es posible restringirlos y cuáles son los requisitos para ello. Tratándose de la limitación por vía de sanción, la Corte interpretó la disposición citada en el sentido de que debe tratarse de una condena por juez competente en proceso penal en el que se garanticen las garantías contempladas en el artículo 8 de la Convención ADH. En ese sentido, la Corte determinó que hubo violación de los artículos 23.1 y 23.2 por el Estado implicado en el que una autoridad administrativa había privado del ejercicio de derechos políticos al reclamante, concretamente del derecho a ser elegido (Corte IDH, 2011, caso "López Mendoza contra Venezuela").

La Corte IDH también reiteró que el ejercicio de los derechos políticos tiene una doble connotación: la de un fin en sí mismo y la de un medio con el que cuentan las sociedades democráticas para asegurar los otros derechos humanos garantizados en la Convención ADH. Igualmente, la Corte precisó que los ciudadanos, como titulares de los derechos políticos deben tener oportunidades reales para ejercerlos, lo que exige del Estado una obligación positiva que las garantice (Corte IDH, 2011, caso "López Mendoza contra Venezuela"). En este caso, si bien el peticionario alegó la violación de sus derechos políticos, en tanto que una autoridad administrativa le privó del derecho a ser elegido en un cargo de elección popular, la Corte IDH no limitó a esta clase de cargos el alcance de los derechos políticos consagrados en el artículo 23 de la Convención ADH.

En la sentencia que decidió el caso "Petro Urrego contra Colombia", la Corte IDH reiteró las posiciones indicadas y precisó en forma directa y categórica que la interpretación literal del artículo 23.2 de la Convención ADH es clara en que no se permite que ninguna autoridad administrativa restrinja los derechos a elegir o ser elegido mediante sanción de inhabilitación o destitución a una persona por su comportamiento en el desempeño de funciones públicas o fuera de ellas, restricción cuya competencia recae en juez competente en proceso penal por sentencia. Indicó también la Corte que la destitución y la inhabilitación implican restricciones a los derechos políticos de los elegidos por voto popular, como de quienes los eligieron (Corte IDH, 2020, caso "Petro Urrego contra Colombia").

En la decisión citada, la Corte IDH explicó también que la destitución o inhabilitación de funcionarios de elección popular por autoridades administrativas no solo es contrario al tenor literal del artículo 23.2 de la Con-

vención, sino también a la interpretación teleológica del mismo, pues lo que se busca evitar es que el gobierno de turno pueda, a voluntad, limitar los derechos políticos de la oposición, la cual debe ser ejercida sin limitaciones indebidas. Sostuvo, además, la Corte IDH, que el ordenamiento jurídico interno de Colombia, especialmente el Código Disciplinario Único que faculta a la Procuraduría General de la Nación para inhabilitar o destituir servidores públicos elegidos democráticamente, así como las disposiciones jurídicas que conceden a las decisiones de la Contraloría la atribución de inhabilitar para el ejercicio de derechos políticos, constituyen un incumplimiento del deber de adopción de disposiciones de acuerdo con la Convención Americana, por eso dispuso, en su parte resolutiva, que Colombia debe adecuar sus normas jurídicas internas a lo establecido en esa sentencia (Corte IDH, 2020, caso "Petro Urrego contra Colombia"). Como respuesta a la citada providencia, el Congreso de la República de Colombia expidió la ley 2094 de 2021 por medio de la cual se le confirió a la Procuraduría General de la Nación funciones jurisdiccionales.

El ejercicio de los derechos políticos, conforme a lo dispuesto en la Convención ADH, se extiende a toda persona sin importar otra consideración, de manera que no procede restringirlo a una profesión o a algún grupo de personas (Corte IDH, 2015, caso "López Lone contra Honduras"). Así mismo, los mencionados derechos comprenden también el ejercicio de otros derechos como el de la libertad de expresión y el de reunión. El primero, reconocido en el artículo 13 de la Convención ADH, constituye piedra angular de las sociedades democráticas, porque sin libertad de expresión se debilita el sistema democrático, el pluralismo, la tolerancia, así como la denuncia y el control ciudadano haciendo posible el florecimiento de

regímenes totalitarios. Por eso, es importante proteger la búsqueda, recepción y difusión de ideas de toda clase y de todos. El segundo, es decir, el derecho de reunión contemplado en el artículo 15 de la Convención ADH, garantiza la reunión pacífica, sin armas, en espacios privados y en vía pública, en forma estática y en desplazamientos (Corte IDH, 2015, caso "López Lone contra Honduras").

En conclusión, de acuerdo con la Corte IDH los derechos políticos se garantizan a todas las personas, y ellos hacen posible participar en las decisiones estatales que les afectan, lo cual implica participar en la formación política del Estado, elegir sus gobernantes, hacerse elegir gobernante, ocupar cargos públicos, de elección popular o de otra naturaleza. Su ejercicio requiere del ejercicio de otros derechos, como el de asociarse para conformar partidos o movimientos políticos; reunirse; formular peticiones; acceder a información y difundirla; expresarse y protestar. Los derechos políticos no son absolutos, por lo que pueden ser limitados con restricciones razonables que no se conviertan en causas de discriminación, y cuando se trate de limitación por sanciones estatales, estas solo pueden ser proferidas por el juez penal competente.

Los derechos políticos designan unas libertades fuertes que le permiten al titular de los mismos ejecutar determinados comportamientos como votar, hacerse elegir, etcétera. Igualmente, los derechos políticos designan una inmunidad fuerte que protege a los ciudadanos contra su restricción por autoridades distintas al juez penal. Los artículos 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y 23 de la Convención ADH, que contemplan los derechos políticos, constituirían normas de competencia en tanto que posibilitan la participación activa en la producción, modificación o derogación de normas jurídicas.

Capítulo 2

2. Régimen sancionatorio de los destinatarios de la acción disciplinaria en el ordenamiento jurídico colombiano

La función pública exige no solo una adecuada gestión, sino la vigilancia permanente de la conducta oficial mediante instrumentos de orden sancionatorio. Los servidores públicos son titulares de derechos, pero también tienen obligaciones exigibles so pena de sanciones. Una vez precisado el alcance de sus derechos políticos en la jurisprudencia de la Corte IDH, en este capítulo se describirá el régimen sancionatorio de los destinatarios de la acción disciplinaria en el ordenamiento jurídico colombiano. Lo desarrollado aquí no se refiere al derecho disciplinario ético-profesional, sino a la acción disciplinaria como potestad jurídica que le permite al Estado castigar la vulneración del ordenamiento jurídico cuando se lesionan los deberes encomendados a quienes desempeñan una función pública para restablecer el orden en la administración pública (Lam Peña, 2020, p. 9).

Con el fin de alcanzar el propósito anteriormente esbozado, el capítulo está estructurado en tres partes: en primer lugar, se hará una identificación dogmática de los titulares o sujetos activos de la acción disciplinaria. En segundo lugar, se dará cuenta de los destinatarios o sujetos pasivos del poder disciplinario. Finalmente, se hará una breve descripción de las sanciones disciplinarias y sus efectos. De lo desarrollado en este capítulo se deriva que la Procuraduría General de la Nación no es la única autoridad con potestad disciplinaria, que los destinatarios de la acción disciplinaria no son solo los servidores públicos de elección popular, y que la destitución no es la única sanción disciplinaria con la capacidad de limitar los derechos políticos.

2.1. Titulares de la acción disciplinaria en el ordenamiento jurídico colombiano

La realización de los fines del Estado requiere la colaboración de personas naturales que, en la realidad práctica, desempeñan las funciones públicas orientadas a su satisfacción con adecuados estándares de eficiencia y sujeción a deberes generales que garantizan un sentido público en el suministro de bienes y la prestación de servicios. Por esta razón, se genera una relación entre el Estado y las personas naturales, quienes ponen su fuerza de trabajo a disposición de intereses de orden general. En este contexto, el Estado tiene el deber de asegurar el adecuado funcionamiento de sus instituciones para lo cual cuenta, entre otras herramientas, con la potestad sancionatoria o *ius puniendi* que le permite disciplinar o sancionar a sus colaboradores por el incumplimiento de sus deberes funcionales (Rincón, 2010, p. 569).

El ejercicio del poder punitivo disciplinario recae sobre distintas clases de servidores públicos: i) los miembros de las corporaciones públicas, ii) los empleados públicos

que pueden ser de elección popular, de período fijo, los nombrados en provisionalidad, los de libre nombramiento y remoción, de carrera administrativa, los temporales, y iii) los trabajadores oficiales que se vinculan con el Estado por medio de un contrato laboral (Younes, 2018, p. 42). Las múltiples formas de vinculación al servicio público que existen dependen de las particularidades de la función pública y de la heterogeneidad de cometidos estatales en el marco de los estados democráticos y constitucionales de derecho.

El artículo 277.6 de la Constitución Política de 1991, por su parte, asigna la vigilancia de la conducta de quienes desempeñan funciones públicas y el ejercicio preferente del poder disciplinario al Procurador General de la Nación, quien puede delegar esta atribución. No obstante, cuando el sujeto pasivo de la acción disciplinaria incurra en algunas de las faltas consagradas en el artículo 278.1 de la Constitución, la sanción de desvinculación del cargo debe ser impuesta directa y exclusivamente por el Procurador General de la Nación. Los artículos mencionados reflejan dos prescripciones adoptadas por el constituyente: i) la vigilancia de la conducta oficial, poder preferente e investigación y sanción que pueden ser delegadas; y ii) la desvinculación del cargo por determinadas faltas que solo puede ser impuesta de manera exclusiva por el Procurador General (Corte Constitucional, sentencia C-230 de 2004).

La Procuraduría General de la Nación es un órgano que hace parte del Ministerio Público, el cual ejerce funciones de control bajo la dirección del procurador general de la Nación según lo dispuesto en los artículos 117, 118 y 275 de la Constitución Política de 1991. En esos términos, la Procuraduría es una entidad de control con independencia institucional respecto de las ramas

del poder público (Consejo de Estado, Sección Segunda, 2018, expediente 76001-23-33-000-2014-01351-01(0606-17)), autónomo, de carácter administrativo y sujeto a los principios constitucionales que informan la función administrativa (Corte Constitucional, sentencia C-996 de 2001), a la cual recientemente la ley 2094 de 2021 le atribuyó funciones jurisdiccionales disciplinarias.

Al igual que el procurador general de la Nación, las personerías distritales y municipales también gozan del poder disciplinario preferente pese a que no pertenecen orgánicamente a la estructura de la Procuraduría General ni a su planta de personal, sino a los respectivos municipios (Corte Constitucional, sentencia C-1067 de 2001). De conformidad con lo señalado en el numeral 8, del artículo 313 de la Constitución Política de 1991, los personeros son elegidos por los concejos y, entre sus funciones, se encuentra la de vigilar la conducta de quienes ejercen funciones administrativas en el respectivo municipio según lo preceptúan los artículos 169 y 178.4 de la ley 136 de 1994.

La acción disciplinaria no es una competencia exclusiva de la Procuraduría General de la Nación ni de los personeros, pues la ley también asigna esa función a la Superintendencia de Notariado y Registro, a las oficinas de control disciplinario interno de las distintas ramas, órganos y entidades estatales; y a los nominadores, como lo contemplan los artículos 2 y 67 de la ley 734 de 2002 —igual regulación en el artículo 83 de la ley 1952 de 2019—.

De acuerdo con el artículo 75 de la ley 734 de 2002, a las entidades estatales, a los órganos del Estado, a las administraciones centrales y descentralizadas, les corresponde disciplinar a sus servidores o colaboradores, para cuyo efecto deben tener una oficina que garantice la doble instancia, con el fin de decidir en primera

instancia los procesos disciplinarios. En las entidades u organismos en los que no se haya instituido tal oficina de control disciplinario, la facultad disciplinaria es ejercida por el jefe inmediato del investigado y, la segunda instancia, es competencia del superior de quien falla en primera (artículo 76, ley 734 de 2002).

Si bien la ley 734 de 2002 fue derogada por la ley 1952 de 2019, su pérdida de vigencia tendrá lugar a partir del 29 de marzo de 2022. En lo que respecta a la competencia para investigar y sancionar disciplinariamente a los colaboradores del Estado, la ley 1952 de 2019 no modificó el esquema de la ley 734 de 2002. Frente a la naturaleza de la función disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, es decir, la función de vigilar la conducta de quienes desempeñan funciones públicas, investigarlos y sancionarlos; en virtud de la ley 2094 de 2021 dejó de ser una función administrativa para convertirse en una función jurisdiccional, cambio que entró en vigencia el pasado 29 de junio de 2021 (artículo 74, ley 2094 de 2021).

Un análisis de los antecedentes de la ley 2094 de 2021 revela que, en la exposición de motivos del respectivo proyecto de ley presentado ante el Congreso de la República por la Procuraduría General de la Nación, expresamente se asegura que el mismo tiene como finalidad esencial cumplir con la sentencia de la Corte IDH en el caso "Petro Urrego contra Colombia", del 8 de junio de 2020. La Procuraduría General de la Nación señala que, según lo resuelto por la Corte IDH, algunas disposiciones del ordenamiento jurídico colombiano desconocen el artículo 23.2 de la Convención ADH porque "... la única restricción admisible al derecho político a ocupar cargos públicos, entre ellos, los de elección popular, cuando se trate de decisiones de las autoridades, son aquellas **con-**

denas proferidas por un **juez penal** por el desconocimiento del **estatuto penal**" (Negritas propias del texto original) (Procuraduría General de la Nación, 2021, p. 2).

La Procuraduría General de la Nación aseguró, en la exposición de motivos ya citada, que la sentencia de la Corte IDH en el caso "Gustavo Petro contra Colombia" tiene una incidencia directa en la competencia de la Procuraduría General para disciplinar a los servidores públicos elegidos popularmente. En particular, sostuvo que: i) la Procuraduría perdió competencia para disciplinar a funcionarios de elección popular; ii) son los jueces penales los que pueden inhabilitar a dichos funcionarios en el ámbito de un proceso penal, y iii) la Procuraduría General puede sancionar disciplinariamente a esa clase de servidores públicos si los hechos que dan lugar a la investigación encajan en actos de corrupción (Procuraduría General de la Nación, 2021, p. 16).

En la exposición de motivos que antecedió a la ley 2094 de 2021 se partió de la premisa según la cual la Procuraduría General de la Nación es una autoridad administrativa. Sin embargo, se argumentó que nada impedía al Congreso asignarle funciones jurisdiccionales conforme con lo preceptuado en el artículo 116 de la Constitución, como efectivamente se hizo con la aprobación de la ley 2094 de 2021. En este sentido, se definió que la función jurisdiccional en cabeza de la Procuraduría General es privativa tratándose de los servidores públicos de elección popular —penúltimo inciso del artículo 1, ley 2094 de 2021—. Esto indica que solo dicho órgano de control tiene la competencia para disciplinar a esa clase de servidores públicos, estando la ejecución de la sanción supeditada a decisión de autoridad judicial, mediante procedimiento especial reglado en los artículos 54 y siguientes de la ley 2094 de 2021.

La ley 2094 de 2021 no parece atribuir función jurisdiccional a las otras autoridades que también ejercen función disciplinaria, como las personerías distritales y municipales y las oficinas de control disciplinario interno. Esto daría lugar a, por lo menos, dos interpretaciones, ambas problemáticas. Una indicaría que, siguiendo la lógica expuesta por la Procuraduría General de la Nación en su proyecto de ley, dichas autoridades no podrían imponer sanciones a los servidores públicos que limiten sus derechos políticos. En tal sentido, los destinatarios de la acción disciplinaria que ejercen las personerías distritales y municipales y las oficinas de control disciplinario interno no podrían ser, por ejemplo, destituidos de sus cargos, aunque fuera esa la sanción que, según la ley, debe ser aplicada, hipótesis que implicaría impunidad. La otra interpretación sería que los mencionados titulares de función disciplinaria continuarían imponiendo sanciones restrictivas de derechos políticos para evitar impunidad, pero en abierta rebeldía contra la referida sentencia de la Corte IDH y de la Convención ADH, por tratarse de funcionarios de carácter administrativo.

También gozan de facultad disciplinaria la Comisión Nacional de Disciplina Judicial —que reemplazó a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura— y las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial —que reemplazaron a las salas disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura— contra los servidores públicos judiciales, incluyendo los servidores de la Fiscalía General de la Nación, así como a los particulares que administran justicia temporal o permanentemente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 2094 de 2021. Todos los servidores públicos, incluyendo los de la rama judicial, se encuentran sometidos a la potestad disciplinaria del Estado

por incumplimiento de sus deberes funcionales, ya sean empleados judiciales o funcionarios judiciales de acuerdo con la clasificación que hace el artículo 125 de la ley 270 de 1996. En relación con los funcionarios judiciales, el control disciplinario no se da por el contenido de sus providencias —lo que desconocería la autonomía e independencia judicial—, sino por el "incumplimiento de deberes legales o constitucionales incompatibles con los principios de la administración de justicia" (Corte Constitucional, sentencia T-450 de 2018).

En resumen, de acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano, además de la Procuraduría General de la Nación, existen otras autoridades que ejercen la función disciplinaria como las personerías y las oficinas de control disciplinario interno que, por disposición legal, deben existir en cada entidad estatal. La ley 2094 de 2021 asignó a la Procuraduría General funciones disciplinarias en orden a dar cumplimiento a la sentencia de la Corte IDH dictada en el caso "Gustavo Petro contra Colombia", pero no lo hizo en relación con las otras autoridades administrativas que también tienen funciones disciplinarias.

2.2. Destinatarios de la acción disciplinaria en el ordenamiento jurídico colombiano

Efectuada la reconstrucción de los titulares de la potestad disciplinaria es indispensable una caracterización sobre los destinatarios, es decir, los servidores públicos cuyo comportamiento está disciplinado por la ley. El sujeto pasivo del poder punitivo disciplinario del Estado es, en términos generales, todo aquel que desempeñe funciones públicas de conformidad con lo expresamente señalado en el artículo 277.6 de la Constitución Política.

Esto incluye a quienes se denominan servidores públicos y a los particulares que cumplan dichas funciones, según los artículos 2, 25 y 53 de la ley 734 de 2002. Lo dicho se mantiene en los artículos 2, 25 y 70 de la ley 1952 de 2019 que entrará en vigor en marzo de 2022.

La clase de los servidores públicos cuyo comportamiento está regulado disciplinariamente es bastante amplia y heterogénea. No solo hay diferencias en cuanto a las formas de acceso a la función pública, sino en relación con el tipo de vinculación y la naturaleza de las actividades realizadas. En el conjunto de servidores públicos, tal como lo expresa el artículo 123 de la Constitución Política de 1991, se encuentran comprendidos quienes forman parte de las corporaciones públicas, es decir, el Congreso de la República, las asambleas departamentales, concejos distritales y municipales y juntas administradoras locales. De acuerdo con Rodríguez (2021), tienen un régimen especial de elección popular y de período fijo (p. 515). En este caso, no solo hay particularidades en las formas de acceso y desvinculación, sino también en la naturaleza de sus funciones.

También son servidores públicos los empleados públicos, es decir, aquellos que tienen un vínculo legal, reglamentario o estatutario. En ese tipo de servidores, a su vez, hay distintas clases: los de elección popular, de período fijo, los provisionales, de libre nombramiento y remoción, de carrera administrativa y los temporales (Younes, 2018, p. 40). En general, prestan sus servicios en el sector central y descentralizado de la administración pública, a saber, en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, unidades administrativas especiales y establecimientos públicos, excepto los que se dediquen a labores de construcción y mantenimiento de obras públicas (Rodríguez, 2021, p. 515).

Quienes prestan sus servicios en empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta en actividades de dirección o confianza también clasifican como empelados públicos (Rodríguez, 2021, p. 515). Lo dicho aplica en el sector central y descentralizado territorialmente. Asimismo, son empleados públicos quienes laboran en los organismos independientes como son las corporaciones autónomas regionales, la Comisión Nacional del Servicio Civil, la Auditoría General y la Contaduría General, en los órganos de control, en la rama judicial y en la Fiscalía General de la Nación (Rodríguez, p. 516). Como puede apreciarse, la complejidad de la función pública y las tareas encomendadas a las autoridades estatales también se refleja en la variedad de personas, niveles, competencias, funciones que hacen parte del servicio público.

La otra categoría de servidores públicos son los trabajadores oficiales que prestan sus servicios al Estado en los órganos centralizados y en las entidades públicas descentralizadas, ya sea territorialmente o por servicios, cuya vinculación se realiza por medio de un contrato laboral (Younes, 2018, p. 42), ficto en condiciones parecidas a la contratación laboral entre particulares, pero con un régimen normativo especial que rige su remuneración, sus prestaciones sociales, duración, causales de terminación, etcétera (Guarín, 2015, p. 52). Se diferencian de los empleados públicos no solo por la forma de vinculación, sino también, al parecer, según Guarín Durán (2015), por la clase de labor que desempeñan: los empleados públicos cumplen labores intelectuales mientras que los trabajadores oficiales realizan labores materiales de construcción y mantenimiento de obras públicas (p. 53).

Los particulares que cumplen funciones públicas, bajo los requisitos establecidos en los artículos 110 y siguientes de la ley 489 de 1998, son también destinatarios de la

acción disciplinaria del Estado. En este grupo se encuentran las personas que, sin ser servidores públicos, ejercen por orden de la ley, de acto administrativo, convenio o contrato, funciones administrativas o de los órganos del Estado que hacen posible el logro de los fines estatales (artículo 53, ley 734 de 2002), el caso de los notarios, curadores urbanos, jurados de votación, conciliadores, etcétera. Además, aquí se incluyen los que ejercen facultad sancionatoria del Estado, los contratistas con vínculo contractual regido por la ley 80 de 1993 que tengan a cargo labores de interventoría o supervisión de contratos estatales y también los particulares que administren recursos públicos. Al respecto la Corte Constitucional explicó que

> … para efectos de control disciplinario será solamente en el caso en que la prestación del servicio público haga necesario el ejercicio de funciones públicas, entendidas como exteriorización de las potestades inherentes al Estado —que se traducen generalmente en señalamiento de conductas, expedición de actos unilaterales y ejercicio de coerción—, que el particular estará sometido, en relación con dicho ejercicio, al régimen disciplinario (Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003).

En síntesis, hay una amplia variedad de destinatarios de la acción disciplinaria del Estado en todas las ramas del poder público, en los órganos de control y en los organismos independientes, ya sean servidores públicos —miembros de corporaciones públicas, empleados públicos y trabajadores oficiales— o particulares que cumplen funciones públicas. La importancia de las actividades que desempeñan justifica la existencia de un régimen disciplinario que contemple la imposición de sanciones cuando se actúe en contra de los deberes funcionales.

Sin embargo, quienes ejercen el servicio público también son titulares de derechos cuya restricción o limitación está sujeta a los estándares de protección previstos en normas constitucionales y convencionales.

2.3. Sanciones disciplinarias y sus efectos jurídicos en el ordenamiento jurídico colombiano

A continuación, se hará una descripción de los tipos de sanciones que pueden imponerse en el ordenamiento jurídico cuando un servidor público incurre en conductas tipificadas como faltas disciplinarias. La sanción es un acto coercitivo que consiste en la privación de un bien impuesto por una autoridad competente como reacción por la realización de una conducta ilícita (Kelsen, 1982, p. 48). La razón de ser de una sanción es generar presión sobre la conducta humana para producir determinados resultados (Schauer, 1994). En estos términos, las normas coercitivas suministran razones concluyentes para la acción de manera que sus destinatarios están llamados a seguir las reglas o exponerse a las consecuencias de su incumplimiento.

En materia disciplinaria la imposición de una sanción supone la existencia de responsabilidad disciplinaria. En este contexto, se requiere que la falta atribuida a un servidor público esté descrita previamente en la ley. La responsabilidad solo se estructura cuando se reúnen los siguientes elementos: capacidad formal y material del sujeto pasivo de la acción disciplinaria, la conducta, la tipicidad, la ilicitud sustancial y el juicio de reproche (Consejo de Estado, Sección Segunda, 2020, expediente 25000-23-42-000-2013-06021-01(3003-17)).

La capacidad formal se refiere a la condición de sujeto disciplinable, esto es, que sea servidor público o particular en ejercicio de funciones públicas. La capacidad

material atiende a que el investigado sea imputable en términos de comprender las consecuencias de sus actos y de comportarse de acuerdo con esa comprensión. La conducta es el comportamiento desplegado por el disciplinable, la cual debe ser típica, es decir, estar previamente establecida en la ley como falta disciplinaria. A su vez, la conducta típica debe constituir una ilicitud sustancial, o sea, afectar injustificadamente los deberes funcionales del servidor público, de manera que se perturben los valores y principio de la función pública. Este fenómeno se relaciona con la antijuridicidad de la conducta. La culpabilidad, como último elemento de la responsabilidad disciplinaria, exige determinar el nexo sicológico entre el investigado y la conducta que desplegó, es decir, si actuó de manera dolosa o culposa y si era posible exigirle un proceder distinto al que finalmente efectuó (Consejo de Estado, Sección Segunda, 2020, expediente 25000-23-42-000-2013-06021-01(3003-17)).

El ordenamiento jurídico colombiano contempla como sanciones disciplinarias la destitución e inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas, suspensión en el ejercicio del cargo, multa y amonestación. Estas sanciones, previstas en el artículo 44 de la ley 734 de 2002, se mantienen en la ley 2094 de 2021. La destitución, máxima sanción disciplinaria (Villegas, 2005, p. 463), implica como efecto principal la finalización del vínculo, cualquiera que sea, del servidor público o particular con el Estado, lo que se traduce en la terminación de la relación con la administración, la desvinculación del cargo o la terminación del contrato de trabajo.

La inhabilidad para ejercer funciones públicas se traduce en la imposibilidad de desempeñar funciones públicas por el tiempo señalado, así como la pérdida del escalafón o los derechos de carrera administrativa que

tuviere el sancionado. La privación de los derechos que resultan de la relación de servicios entre el Estado y sus servidores es el mayor alcance represivo de la potestad disciplinaria de la administración (Morell, 2002, p. 543). La suspensión envuelve la separación temporal del sancionado de su cargo por el tiempo señalado en la sanción. La multa implica el pago de una suma de dinero y la amonestación un llamado de atención escrito que se registra en la hoja de vida.

La multa y la amonestación no tienen una incidencia directa en la limitación de derechos políticos en tanto que no impiden el desempeño de cargos públicos. Por el contrario, tanto la destitución, la inhabilidad y la suspensión son sanciones que restringen el disfrute de los derechos políticos a participar directamente en la dirección de los asuntos públicos y de tener acceso a las funciones públicas, según lo preceptuado en el artículo 23 de la Convención ADH. Estas sanciones pueden ser impuestas por la Procuraduría General de la Nación y por otras autoridades administrativas contra un amplio número de sujetos disciplinables que no se limita a los servidores públicos de elección popular, sino que abarca a otra clase de servidores y hasta a los particulares que ejercen funciones públicas.

En conclusión, según el ordenamiento jurídico colombiano son titulares de la acción disciplinaria la Procuraduría General de la Nación, las personerías distritales y municipales, las oficinas de control disciplinario interno y, en donde no haya tal oficina, los superiores inmediatos de los sujetos disciplinables. Por otra parte, son destinatarios de la acción disciplinaria los servidores públicos y los particulares que ejerzan funciones públicas. Estos destinatarios constituyen una amplia gama de sujetos pasivos de la acción disciplinaria, mucho más que los servidores

públicos de elección popular. Por último, puede también concluirse que son varias las sanciones disciplinarias que conllevan la pérdida de los derechos políticos, como son la destitución, la inhabilidad y la suspensión.



Capítulo 3

3. Límites convencionales de la potestad sancionatoria en materia disciplinaria frente a los derechos políticos de los destinatarios de la acción disciplinaria

La suscripción de tratados o convenios entre los Estados, así como la membresía en organizaciones internacionales, impone a las personas jurídicas estatales compromisos que obligan a un diálogo entre el ordenamiento jurídico interno de cada país con la respectiva normativa internacional. Este aspecto ha suscitado controversias sobre la forma en que interactúan las normas jurídicas, las autoridades locales y los órganos internacionales. Hay posturas a favor de una supra constitucionalidad que jerarquiza esa interacción, mientras que otras posiciones defienden la integración armónica entre los cuerpos normativos internacionales y los nacionales. Colombia forma parte del Sistema Interamericano, lo que le exige el respeto de su cuerpo normativo del cual forma parte la Convención ADH.

Este capítulo abordará los límites de la potestad sancionatoria disciplinaria en Colombia frente a los derechos políticos reconocidos en el sistema interamericano, esto es, evalúa la fuerza vinculante que puede tener la Convención ADH y las sentencias judiciales de la Corte IDH para el ordenamiento jurídico y las autoridades colombianas. La protección de los derechos contenidos en el artículo 23 de la Convención, local o estatal, constituye el problema planteado en esta investigación. En el análisis de los límites que producen tales derechos sobre el poder disciplinario se describirán inicialmente los modelos de control de convencionalidad, y luego, las tensiones jurídicas entre el derecho colombiano vigente y la reconstrucción de los derechos políticos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

3.1. Modelos de control de convencionalidad

Los jueces de los Estados miembros del Sistema Interamericano, además de controlar la legalidad y la constitucionalidad de los asuntos sometidos a su decisión, se encuentran obligados internacionalmente por la Convención ADH (Quinche, 2009, p. 167). Lo anterior es conocido como control de convencionalidad, el cual constituye un instrumento que amplifica e integra el orden jurídico estatal a las exigencias del derecho internacional (Santofimio, 2017, p. 857). Según Quintana Osuna (2017), las primeras menciones del "control de convencionalidad" se encuentran en el caso "Almonacid y otros contra Chile" (p. 12) en el que la Corte IDH explicó que, si un Estado ha ratificado la Convención ADH, los jueces como parte del aparato estatal están sometidos a ella, y por tanto, se hallan obligados a vigilar, en una especie de "control de

convencionalidad", que la aplicación de sus disposiciones no se vea disminuida por normas jurídicas internas contrarias que, por tal razón, carecen de efectos (Corte IDH, 2006, caso "Almonacid Arellano y otros contra Chile").

El control de convencionalidad es de dos clases: i) control concentrado a cargo de la Corte IDH, y ii) control difuso que efectúan los respectivos jueces de cada país en el ejercicio interno de sus funciones (Ferrer, 2011, p. 559). Este mecanismo de creación judicial representa un medio para controlar que los derechos humanos sean respetados previniendo sus eventuales violaciones, y solo cuando internamente esa protección no opera, le corresponde a la Corte IDH un "control complementario de convencionalidad" (Corte IDH, 2013, caso "Gelman contra Uruguay"). El mencionado control difuso de convencionalidad no solo exige a los jueces de cada país miembro de la Organización de Estados Americanos asegurar la compatibilidad de sus decisiones con la Convención Americana, sino también con los criterios de interpretación de la Corte IDH (Olano, 2016, p. 72).

El control difuso de convencionalidad se exige también de las autoridades administrativas (Corte IDH, 2011, caso "López Mendoza contra Venezuela"), legislativas (Corte IDH, 2006, caso "La Cantuta contra Perú") y, en general, "es función y tarea de cualquier autoridad pública" (Corte IDH, 2013, caso "Gelman contra Uruguay"). Además, se ejerce sobre normas jurídicas (Corte IDH, 2010, caso "Xákmok Kásek contra Paraguay") providencias judiciales (Corte IDH, 2016, caso "Andrade Salmón contra Bolivia") y actos administrativos (Corte IDH, 2020, caso "Petro Urrego contra Colombia"). En consecuencia, la obligación internacional de velar por el respeto de los derechos y libertades reconocidos en la Convención ADH no es exigible únicamente al juez, sino que incluye a todas las autoridades estatales.

El contenido de la Convención ADH impone a los Estados parte una serie de prescripciones, a saber, obligaciones (i) de respeto, (ii) de garantía, (iii) de no discriminación, y (iv) de adecuación. Así se desprende de sus artículos 1 y 2. La obligación de respeto exige a los Estados abstenerse de realizar acciones o de incurrir en omisiones que afecten el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Convención ADH. La obligación de garantía le impone a todo el aparato estatal, cualquiera que sea la rama del poder o el órgano público, el deber de asegurar el libre y pleno ejercicio de dichos derechos. La obligación de no discriminación implica que los derechos que contempla la Convención ADH deben ser garantizados por los Estados a todas las personas, al margen de cualquier consideración subjetiva referida al sexo, color, raza, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otro orden. La obligación de adecuación reclama de los Estados parte la adopción de las normas que sean necesarias para ajustar el ordenamiento jurídico interno al estándar del Sistema Interamericano, en caso de que lo contraríe (González y Sanabria, 2013, pp. 46-49).

Los Estados no solo están sujetos al contenido de la Convención ADH, sino también a la interpretación auténtica que la Corte IDH hace de aquella. Ello se deriva del hecho de la suscripción y ratificación de la Convención (Corte IDH, 2006, caso "La Cantuta contra Perú"). En el caso de Colombia, existe adhesión y aprobación de la Convención ADH conforme a la ley 16 de 1972, así como el reconocimiento de la competencia de la Comisión IDH y de la Corte IDH "… por tiempo indefinido, bajo condición de reciprocidad y para hechos posteriores a esta aceptación, sobre casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención…" (Colombia, 1985). Conforme a ello, Colombia tiene la obligación internacional de respetar la

Convención ADH, así como la interpretación que la Corte IDH haga de ella. Sin duda, en este contexto, el control de convencionalidad ha sido uno de los instrumentos más importantes para efectivizar la garantía de los derechos humanos reconocidos y protegidos en el sistema interamericano. Todas las autoridades locales tienen una obligación internacional, de naturaleza convencional, de impedir que normas o prácticas estatales impliquen su violación.

3.2. Tensiones jurídicas entre el derecho colombiano vigente y la reconstrucción de los derechos políticos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Existen pronunciamientos de la Corte Constitucional y la Corte IDH que se han referido a la función sancionatoria de la Procuraduría General de la Nación frente a lo previsto en el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De todos ellos, pueden identificarse dos posturas diametralmente opuestas: la primera sostiene que la función constitucional y legalmente asignada a la Procuraduría General de la Nación para sancionar disciplinariamente a los servidores públicos de elección popular no contradice el artículo 93 de la Constitución Política ni el 23 de la Convención ADH (Corte Constitucional, sentencia C-111 de 2019). La segunda defiende la tesis según la cual, de conformidad con el artículo 23 citado, los derechos políticos de funcionarios de elección popular no pueden ser menoscabados por funcionarios distintos a los jueces penales competentes (Corte IDH, 2020, caso "Petro Urrego contra Colombia").

La Corte Constitucional ha defendido reiteradamente la primera postura con fundamento en que, según lo dispuesto por el artículo 93 de la Constitución Política y por su jurisprudencia, los tratados internacionales sobre derechos

humanos integran el bloque de constitucionalidad, pero no poseen rango supraconstitucional, sino que gozan de la misma jerarquía que las demás normas del bloque. Por tanto, dice la Corte, deben ser interpretadas de manera armónica. Bajo esta premisa, la Corte concluye que debe hacerse una interpretación armónica entre el artículo 23 de la Convención y las disposiciones de la Constitución Política de 1991 que facultan a la Procuraduría General de la Nación y a otras autoridades administrativas para investigar y, eventualmente, sancionar a los servidores de elección popular, limitando sus derechos políticos siempre que las garantías del debido proceso, consagradas en los artículos 29 de la Constitución y 8 de la Convención ADH, sean respetadas (Corte Constitucional, sentencia C-111 de 2019).

De hecho, ya con anterioridad, la Corte Constitucional había definido que los derechos políticos del exalcalde Petro no se habían vulnerado con la sanción de destitución impuesta por el Procurador General de la Nación porque las facultades constitucionales de este, dijo la Corte, no riñen con el artículo 23 de la Convención ADH (Corte Constitucional, sentencia T-516 de 2014), en tanto que no se opone a que el legislador interno contemple sanciones que impliquen la limitación de derechos políticos (Corte Constitucional, sentencia C-028 de 2006). Además, agrega la Corte Constitucional, es la misma Convención la que indica que es facultad de ley reglamentar el ejercicio de los derechos políticos (Corte Constitucional, sentencia SU-712 de 2013) y que es aceptable el que se limite el ejercicio de funciones públicas como resultado de un proceso penal o disciplinario (Corte Constitucional, sentencia C-310 de 1997).

La otra posición es adoptada, entre otros, por la Corte IDH en virtud de la cual el artículo 23 de la Convención ADH contempla que los derechos políticos de funciona-

rios elegidos popularmente no pueden ser limitados por funcionarios diferentes a los jueces penales competentes. Desde esa interpretación, resulta contrario a la Convención ADH que una autoridad administrativa afecte los derechos políticos de dichos funcionarios. Esta interpretación de la Corte IDH se precisó, entre otras providencias, en la que resolvió el caso "López Mendoza contra Venezuela" y más recientemente, en la del caso "Gustavo Petro contra Colombia". En este último caso, el tribunal internacional consideró que las disposiciones de la Constitución Política de 1991 y de la ley 734 de 2002, que le otorgan competencia a la Procuraduría General de la Nación para sancionar con destitución o inhabilidad a servidores públicos de elección popular, violan las obligaciones impuestas en el artículo 23.2 convencional. Por tal razón, ordenó al Estado colombiano adecuar su ordenamiento jurídico interno al mandato de la Convención ADH (Corte IDH, 2020, caso "Petro Urrego contra Colombia").

Hay entonces una colisión entre la interpretación de la Corte Constitucional y la de la Corte IDH que dificulta la interacción entre los jueces nacionales y el tribunal interamericano, según lo resalta Roa (2015, p. 2). El autor propone lo que denomina "una interpretación compatible de la CADH con las funciones de la Procuraduría General de la Nación" (Roa, 2019, p. 131). La premisa de la propuesta de Roa consiste en que el sistema interamericano considera que el estándar de garantías judiciales que aplican las autoridades de carácter administrativo es inferior al que aplican los jueces penales y que, por ello, solo los jueces pueden garantizar el respeto a los derechos políticos (Roa, 2019, p. 132). Con base en lo anterior, el autor señala que si las autoridades administrativas aplican un estándar de garantías judiciales equivalentes a las que aplica el juez penal, podrían ellas

aplicar sanciones que restrinjan derechos políticos sin que nada impida que la Corte IDH adopte "un enfoque de deferencia y privilegie las garantías judiciales esenciales para la preservación de los derechos políticos sobre la nomenclatura o clasificación accidental de la autoridad que impone la sanción disciplinaria" (Roa, 2019, p. 132).

Otros autores defienden la tesis contraria. En ese sentido, Villamil Rodríguez (2019) es enfático en afirmar que la sentencia C-111 de 2019 de la Corte Constitucional constituye una regresión en la protección de derechos fundamentales porque reduce la efectividad de la Convención Americana mediante la negación del valor que tienen las sentencias de la Corte Interamericana (p. 142). Igualmente, Murillo Cruz (2020) critica a la Corte Constitucional por consolidar la interpretación que respalda la capacidad sancionatoria de la Procuraduría General de la Nación en contradicción con las exigencias del artículo 23 de la Convención ADH. Por ello, el autor asegura que el precedente constitucional es "inconvencional" y ha hecho posible que la entidad mencionada viole masiva y estructuralmente los derechos políticos de los funcionarios de elección popular en nuestro país (Murillo Cruz, 2020). Como solución propone, por una parte, que la Procuraduría cese los procesos disciplinarios en curso contra esos funcionarios y revoque directamente las sanciones ya impuestas por ser inconvencionales. Por otra parte, propone que la Corte Constitucional ajuste su precedente —al que califica como un "hecho ilícito internacional"— al artículo 23 de la Convención y a la interpretación que de él ha hecho la Corte IDH (Murillo Cruz, 2020).

En conclusión, se presenta una contradicción entre la regla jurisprudencial reiterada por la Corte Constitucional, que sostiene la constitucionalidad de la facultad de la Procuraduría para limitar derechos políticos y la tesis

de la Corte IDH que afirma que dicha facultad constituye un incumplimiento de las obligaciones de protección de los derechos contenidos en el artículo 23 de la Convención ADH. Esta situación cuestionaría los fallos con responsabilidad disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación que restringieron derechos políticos desde la entrada en funcionamiento de la entidad.

La contradicción mencionada no se resuelve con la ley 2094 de 2021 mediante la cual le fueron asignadas funciones jurisdiccionales a la Procuraduría General de la Nación. Y no se resuelve al menos por dos razones: la primera, porque lo que establece el artículo 23.2 de la Convención ADH es que la ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos políticos, entre otras razones, por condena de juez competente en proceso penal, y la Procuraduría General de la Nación no es juez penal, por más que se le asignen funciones jurisdiccionales. La segunda, porque la ley atribuyó dichas funciones para ejercerlas de manera privativa contra los servidores públicos de elección popular, pero no para el resto de los sujetos pasivos de la acción disciplinaria del Estado. En ese sentido, cuando la Procuraduría General imponga sanciones de destitución, inhabilidad o suspensión en el ejercicio del cargo contra servidores públicos distintos a los de elección popular, estaría actuando como autoridad administrativa, en contravía de lo que establece la Convención ADH y de la interpretación que ha hecho la Corte IDH en materia de derechos políticos.

En Colombia hay un amplio grupo de servidores públicos diferentes a los de elección popular. Piénsese en los de período fijo, los vinculados en provisionalidad, los de libre nombramiento y remoción, de carrera administrativa y temporales; los trabajadores oficiales y los particulares que cumplen funciones públicas, como el caso de los no-

tarios, curadores urbanos, jurados de votación, conciliadores; los contratistas regidos por la ley 80 de 1993 que tengan a cargo actividades de interventoría o supervisión de contratos estatales, así como particulares que administran recursos públicos. Los derechos políticos de todos ellos estarían todavía en manos de la Procuraduría General de la Nación que, como autoridad administrativa, tendría aun competencia para limitarlos según el ordenamiento jurídico interno, competencia que, se reitera, riñe con los postulados del Sistema Interamericano.

Al respecto, debe recordarse que, ni el artículo 23 de la Convención ADH, ni la interpretación hecha por la Corte IDH, hacen distinción alguna en relación con los titulares de los derechos políticos. Por tanto, los servidores públicos, en general, gozan de ellos en situación de igualdad, sin que la forma como se acceda a la función pública afecte la naturaleza de tales derechos. Lo mismo puede decirse de los particulares que ejercen funciones públicas, por cuya condición el alcance de sus derechos políticos no se afectaría. Sin embargo, se podría plantear que, como los servidores públicos elegidos popularmente gozan del respaldo de la voluntad del pueblo, poseen una suerte de condición diferente a la de quienes llegan al servicio público por otras vías, lo que les haría merecedores de mejores condiciones. No obstante, ello sería una odiosa distinción que, como se dijo, no hace el sistema interamericano y que, además, limitaría indebidamente los derechos políticos de quienes ocupan cargos públicos que no son de origen popular. Piénsese, por ejemplo, en el servidor público de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción que, por cuenta de una destitución e inhabilidad impuestas por una autoridad administrativa, no pudiera posteriormente postularse ni ser elegido para un cargo de elección popular.

Los derechos políticos son derechos subjetivos, y como tales, pueden designar una libertad fuerte en palabras de Guastini (2016, pp. 92-93), pues una norma —el artículo 23.2 de la Convención ADH—permite a su titular ejecutar un comportamiento como, por ejemplo, hacerse elegir popularmente en un cargo público. En estos términos, interpretar que a un servidor público que no es de elección popular se le pueda, por carecer del respaldo popular, destituir e inhabilitar por una autoridad administrativa, implicaría arrebatarle el derecho a ejecutar un comportamiento, es decir, hacerse elegir popularmente, entre otras prerrogativas. El no ocupar un cargo de elección popular no quiere decir que no se pueda en el futuro hacer uso de ese derecho, por ello debe preservarse para su titular. Unos y otros, escogidos o no por el pueblo, gozan de los mismos derechos políticos.

La ley 2094 de 2021 no confirió función jurisdiccional a las otras autoridades que ejercen función disciplinaria, como las personerías y las oficinas de control disciplinario interno. Esto quiere decir que, si ellas, carentes de función jurisdiccional, destituyen, inhabilitan o suspenden a los servidores públicos y particulares con funciones públicas destinatarios de su acción disciplinaria, estarían desconociendo los estándares de los derechos políticos fijados por la Convención ADH y la Corte IDH.

No parece entonces haber un cambio significativo con la ley 2094 de 2021, porque los derechos políticos consagrados en la Convención ADH de la gran mayoría de sujetos disciplinables en Colombia continúan a merced de autoridades administrativas. En efecto, de acuerdo con cifras del Departamento Administrativo de la Función Pública (2021), para mayo de 2021 había en Colombia 16.791 servidores públicos de elección popular que, de acuerdo con lo dispuesto en la ley mencionada, sus derechos po-

líticos solo podrían ser restringidos por la Procuraduría General de la Nación en ejercicio de las recién asignadas funciones jurisdiccionales. Sin embargo, hay más de un millón doscientos mil servidores públicos diferentes a los de elección popular (Departamento Administrativo de la Función Pública, 2021) cuyos derechos políticos podrían ser afectados por autoridades administrativas. En esos términos, Colombia sigue incumpliendo los compromisos internacionales que asumió al adherir y ratificar la Convención ADH, por desconocer las obligaciones contenidas en ella de respeto, garantía, no discriminación y adecuación del ordenamiento jurídico interno.



Conclusiones

La investigación se planteó como objetivo principal analizar el alcance de los derechos políticos contemplados en la Convención ADH frente a las facultades sancionatorias de destitución e inhabilitación que pueden ser impuestas en ejercicio del control disciplinario regulado en el ordenamiento jurídico colombiano. Los servidores públicos, diferentes a los de elección popular, y los particulares que ejercen funciones públicas, son titulares de derechos políticos. Dado que los derechos políticos de servidores públicos de elección popular tienen mecanismos especiales de protección, la idea es evaluar si tales garantías son aplicables a los demás servidores públicos, es decir, analizar la viabilidad convencional que otras autoridades administrativas, diferentes a la Procuraduría General de la Nación, que también ejercen acción disciplinaria, puedan imponer sanciones que restrinjan derechos políticos.

Con el propósito de lograrlo, se reconstruyó el contenido y el alcance de los derechos políticos protegidos en la Convención ADH a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH, de acuerdo con la cual los derechos políticos se encuentran garantizados a todas las personas, lo que incluye a servidores públicos de elección popular o de cualquier otra clase, a los particulares que cumplen funciones públicas y a los que no tienen vínculo con el Estado. Los derechos políticos hacen posible la participación de todas las

personas en las decisiones estatales que les afectan, en la formación política del Estado y en la elección de sus gobernantes. De la misma forma, les faculta para hacerse elegir como gobernantes ocupando cargos públicos de elección popular o de cualquier otra naturaleza.

El ejercicio de los derechos políticos implica el disfrute de otros derechos como conformar partidos o movimientos políticos, reunirse, presentar peticiones para acceder a información y difundirla, expresarse y protestar. Sin embargo, la Corte IDH ha aclarado que los derechos políticos no son absolutos, de manera que pueden ser limitados con fundamentos razonables que no pueden convertirse en causa de discriminación. Si bien una limitación a los derechos políticos es posible, esta solo podría ser tomada por juez penal competente.

Esta investigación describió el régimen sancionatorio aplicable a los destinatarios de la acción disciplinaria en el ordenamiento jurídico colombiano, lo que permitió concluir que la Procuraduría General de la Nación no es la única autoridad investida de acción disciplinaria, ya que las personerías, las oficinas de control disciplinario interno de todas las entidades y organismos públicos, y hasta los superiores inmediatos de los sujetos disciplinables ejercen acción disciplinaria y, con ella, tienen competencia para imponer sanciones que limitan el ejercicio de derechos políticos como la destitución, la inhabilidad y la suspensión en el ejercicio de cargos públicos.

También se concluyó que los destinatarios de la acción disciplinaria constituyen una amplia gama de sujetos que abarca mucho más que a los servidores públicos de elección popular. Tal es el caso de los servidores de período fijo, los nombrados en provisionalidad, los de libre nombramiento y remoción, de carrera administrativa, los temporales y los trabajadores oficiales. También son

sujetos pasivos de la acción disciplinaria los particulares que ejercen función pública como los notarios, los curadores urbanos, los jurados de votación, los conciliadores, los contratistas regidos por la ley 80 de 1993 a cargo actividades de interventoría o supervisión de contratos estatales, así como particulares que administran recursos públicos.

La investigación puso de presente que Colombia, como Estado parte de la Convención ADH, está obligada a respetar el cuerpo normativo del sistema interamericano y la interpretación que la Corte IDH hace de él. En esa línea de pensamiento, se advierte que el sistema interamericano limita la facultad sancionatoria disciplinaria en el sentido de preceptuar que solo los jueces penales son competentes para restringir el ejercicio de derechos políticos, de tal suerte que otras autoridades, como las administrativas, carecen de esa competencia. Lo dicho deja en evidencia la tensión jurídica existente entre dicho sistema y el ordenamiento jurídico colombiano vigente que faculta a autoridades administrativas para imponer sanciones disciplinarias que restringen el ejercicio de derechos políticos. Dicha facultad ha sido respaldada por la interpretación que de las normas internas ha hecho la Corte Constitucional colombiana.

La tensión descrita es de tal calibre que la Corte IDH ordenó mediante sentencia al Estado colombiano adecuar la normativa interna disciplinaria a lo previsto en la Convención ADH y a la interpretación del alcance que de los derechos políticos ha hecho reiteradamente dicho órgano internacional. La contradicción pretendió ser resuelta con la reciente ley 2094 de 2021, por la cual le fueron asignadas funciones jurisdiccionales a la Procuraduría General de la Nación. No obstante, ella no es suficiente para resolver la problemática descrita en tanto que, por una parte, lo que establece el artículo 23.2 de la Convención

ADH es que la ley puede reglamentar el ejercicio de derechos políticos, entre otras razones, por condena de juez competente en proceso penal, y la Procuraduría General de la Nación no es juez penal, por más que se le asignen funciones jurisdiccionales; y por la otra, las funciones jurisdiccionales atribuidas al órgano de control indicado, solamente pueden ser ejercidas en relación con los servidores públicos de elección popular, pero no para el resto de sujetos pasivos de la acción disciplinaria del Estado.

Lo anterior quiere decir que cuando la Procuraduría General imponga sanciones como la destitución, la inhabilidad o la suspensión en el ejercicio de cargos públicos contra servidores distintos a los de elección popular, estaría actuando como autoridad administrativa contrariando el sistema interamericano. Además, como se precisó antes, los sujetos pasivos de la acción disciplinaria constituyen una clase mucho más amplia que la clase de servidores de elección popular. Todos ellos están sometidos al poder disciplinario de la Procuraduría General de la Nación que, como autoridad administrativa, tiene competencia para sancionarlos con medidas que restringen sus derechos políticos contrariando así los postulados del sistema interamericano.

Asimismo, la ley 2094 de 2021 se queda corta para resolver la tensión entre el ordenamiento jurídico colombiano y el sistema interamericano porque a las otras autoridades administrativas que tienen potestad para limitar derechos políticos por medio de sanciones disciplinarias, no les concedió función jurisdiccional para ello, de tal suerte que cuando destituyan, inhabiliten o suspendan a los servidores públicos y a los particulares con funciones públicas destinatarios de su acción disciplinaria, estarían desobedeciendo las previsiones de la Convención ADH y la Corte IDH sobre los derechos políticos.

Bibliografía

Arriagada Cáceres, M. B. (2017). Normas de competencia y normas acerca de la competencia. Eludiendo las reglas constitutivas. *Cuadernos de Filosofía del derecho*, 40(2017), pp. 93-121.

Arriagada Cáceres, M. B. (2015). "Las cortes constitucionales frente a los 'derechos civiles y políticos'. Una mirada desde la teoría analítica del derecho". *Revista Española de Derecho Constitucional* ISSN-L: 0211-5743, núm. 105, septiembre-diciembre (2015), págs. 105-136. Disponible en: http://dx.doi.org/10.18042/cepc/redc.105.04

Cepeda Espinosa, J. M. y Landau, D. (2017). Colombian Constitucional Law. Oxford: Oxford University Press.

Congreso de la República de Colombia. (29 de junio de 2021). Por medio de la cual se reforma la ley 1952 de 2019 y se dictan otras disposiciones [Ley 2094 de 2021].

Congreso de la República de Colombia. (28 de enero de 2019). Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario, se derogan la ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario [Ley 1952 de 2019].

Congreso de la República de Colombia. (5 de febrero de 2002). Por la cual se expide el Código Disciplinario Único [Ley 734 de 2002].

Congreso de la República de Colombia. (2 de junio de 1994). Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios [Ley 136 de 1994].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. (6 de febrero de 2020). Radicación 25000-

23-42-000-2013-06021-01(3003-17) [M. P. William Hernández Gómez].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. (22 de marzo de 2018). Radicación 76001-23-33-000-2014-01351-01(0606-17) [M. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez].

Corte Constitucional. (2019). Sentencia C-111 de 2019. Magistrado Ponente Carlos Bernal Pulido.

Corte Constitucional. (2018). Sentencia T-450 de 2018. Magistrado Ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional. (2014). Sentencia T-516 de 2014. Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional. (2013). Sentencia SU712 de 2013. Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional. (2006). Sentencia C-028 de 2006. Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional. (2004). Sentencia C-230 de 2004. Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. (2003). Sentencia C-037 de 2003. Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. (2001). Sentencia C-1067 de 2001. Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional. (2001). Sentencia C-996 de 2001. Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional. (1997). Sentencia C-310 de 1997. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (8 de julio de 2020). “Caso Petro Urrego Vs. Colombia”.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1 de diciembre de 2016). “Caso Andrade Salmón Vs. Bolivia”.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (5 de octubre de 2015). Caso "López Lone Vs. Honduras".

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (20 de noviembre de 2014). Caso "Argüelles y otros Vs. Argentina".

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (20 de marzo de 2013). Caso "Gelman Vs. Uruguay".

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1 de septiembre de 2011). Caso "López Mendoza Vs. Venezuela".

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (24 de agosto de 2010). Caso "Xákmok Kásek Vs. Paraguay".

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (6 de agosto de 2008). Caso "Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos".

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (29 de noviembre de 2006). Caso "La Cantuta Vs. Perú".

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (26 de septiembre de 2006). Caso "Almonacid Arellano y otros Vs. Chile".

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (23 de junio de 2005). Caso "Yatama Vs. Nicaragua".

Departamento Administrativo de la Función Pública. (2021). Distribución de los Servidores Públicos en Colombia. Departamento Administrativo de la Función Pública Recuperado de https://www.funcionpublica.gov.co/web/sie/servidores-publicos-en-el-estado

Departamento Administrativo de la Función Pública. (2021a). Distribución de los Servidores Públicos en Colombia. Departamento Administrativo de la Función Pública Recuperado de https://www.funcionpublica.gov.co/-/mas-de-16-mil-servidores-de-eleccion-popular-deben-registrar-y-actualizar-su-declaracion-de-bienes-y-rentas-conflictos-de-interes-e-impuesto-sobre-la-

Ferrer, E. (2011). Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma del juez mexicano. *Estudios Constitucionales*, Año 9, n.º 2, 2011, pp. 531-622.

González Serrano, A. y Sanabria Moyano, J. E. (2013). Obligaciones de los Estados parte de la Convención Americana. Saber, Ciencia y Libertad, Vol. 8 n.º 2.

Guarín Durán, A. (2015). Manual de Derecho Administrativo Laboral. Bogotá: Editorial Ibáñez.

Guastini, R. (2016). La sintaxis del derecho. Madrid: Marcial Pons.

Hart, H.L.A. (2012). The Concept of Law. 3th ed. Oxford: Oxford University Press.

Kelsen, H. (1982). Teoría pura del derecho. México: Universidad Nacional de México.

Lam Peña, R. J. "Anotaciones teóricas sobre la potestad disciplinaria de la Administración Pública". *Revista Académica de la Facultad de Derecho* de Recife - ISSN: 2448-2307, v. 91, n.º 2, pp. 5-24, set. 2020. ISSN 2448-2307.

Morell Ocaña, L. (2002). Curso de Derecho Administrativo. La actividad de las administraciones públicas. Su control administrativo y jurisdicción. Madrid: Universidad Complutense.

Murillo Cruz, D. A. (21 de septiembre de 2020). "De las inconvencionalidades y otros equívocos de la Corte Constitucional: a propósito del caso Petro en la Corte IDH". *Ámbito Jurídico*. Recuperado de https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/constitucional-y-derechos-humanos/de-las-inconvencionalidades-y-otros-equivocos

Naranjo Mesa, V. (2018). Teoría Constitucional e instituciones políticas. Decimotercera edición. Bogotá: Editorial Temis.

Olano García, H. (2016). "Teoría del control de convencionalidad". *Estudios Convencionales, 14*(1), 61-64. https://

scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002016000100003&lng=en&nrm=iso&tlng=en

Pérez Luño, A. (1993). Los derechos fundamentales. Madrid: Tecnos.

Procuradora General de la Nación. (2021). Proyecto de ley por medio de la cual se reforma la ley 1952 de 2019 y se dictan otras disposiciones. Bogotá: Procuraduría General de la Nación.

Quinche Ramírez, M. (2020). Derecho Constitucional colombiano. Séptima edición. Bogotá: Editorial Temis.

Quinche Ramírez, M. (2009). "El control de convencionalidad y el sistema colombiano". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 13, julio-diciembre 2009, pp. 163-190.

Quintana Osuna, K. I. (2017). El control de convencionalidad: Un estudio del derecho interamericano de los derechos humanos y del derecho mexicano. Retos y perspectivas. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Rincón Córdoba, J. I. (2010). Derecho Administrativo Laboral. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Roa Roa, J. E. (2019). "Los derechos políticos y las funciones disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación de Colombia: subsidiariedad y deferencia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos". En: Derecho convencional y potestad disciplinaria. Instrumentos efectivos contra la corrupción en Colombia. Bogotá: Procuraduría General de la Nación, pp. 113-140.

Roa Roa, J. E. (2015). La aplicación nacional de la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre derechos políticos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Rodríguez, L. (2021). Derecho Administrativo General y colombiano Tomo I. Bogotá: Editorial Temis.

Santofimio Gamboa, J. O. (2017). Compendio de derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Villamil Rodríguez, J. S. *Decision C-111 of 2019: Regressions of the Constitutional Court on the matter of the protection of international rights prescribed in the article 23 of the American Convention on Human Rights*. *Revista Justicia y Derecho*, Santiago, v. 2, n.º 1, 2019.

Villegas Arbeláez, J. (2005). Derecho administrativo laboral. Principios, estructura y relaciones individuales. Tomo I. Bogotá: Editorial Legis.

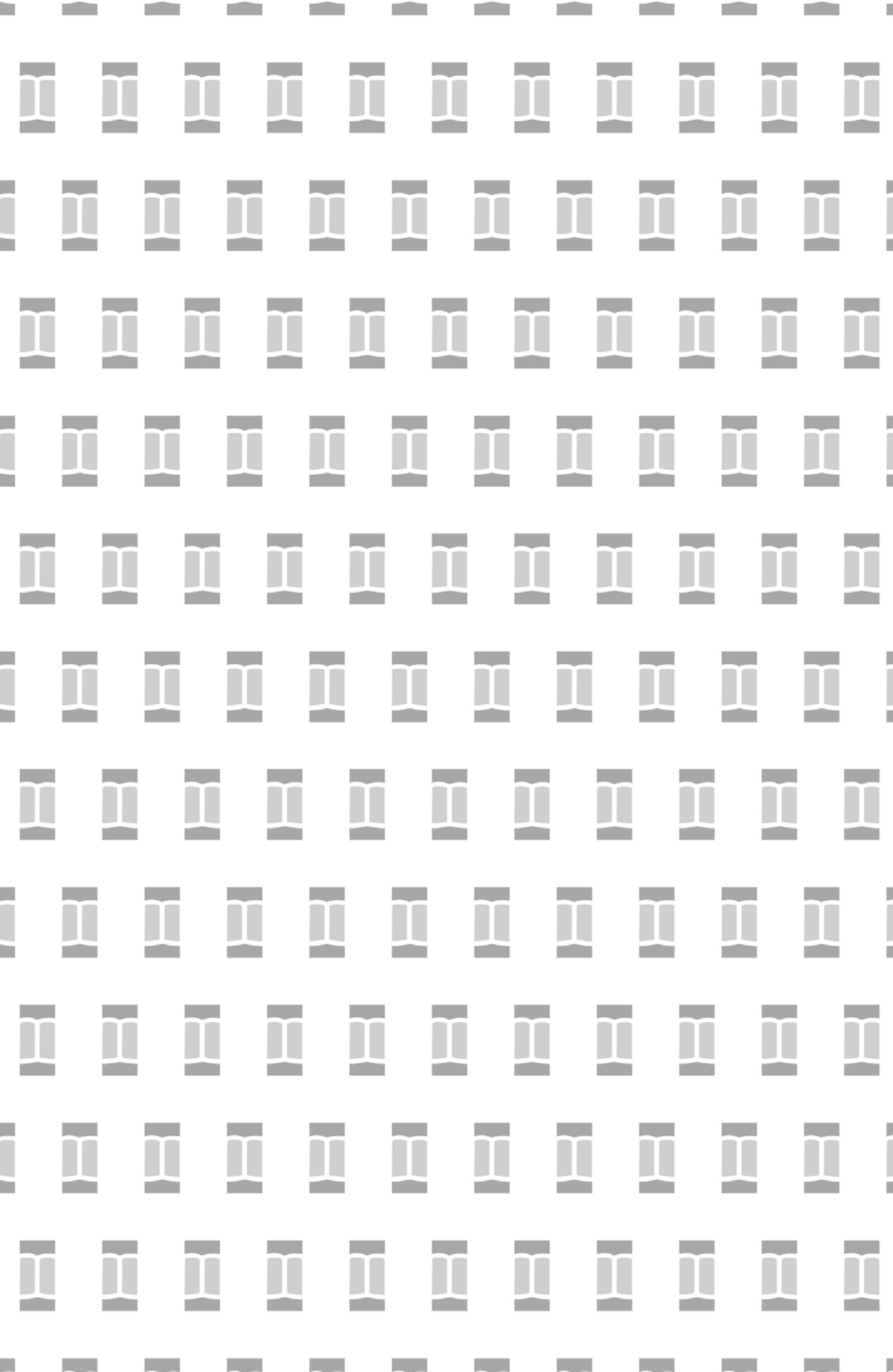
Younes Moreno, D. (2018). Derecho Administrativo Laboral. Bogotá: Temis.

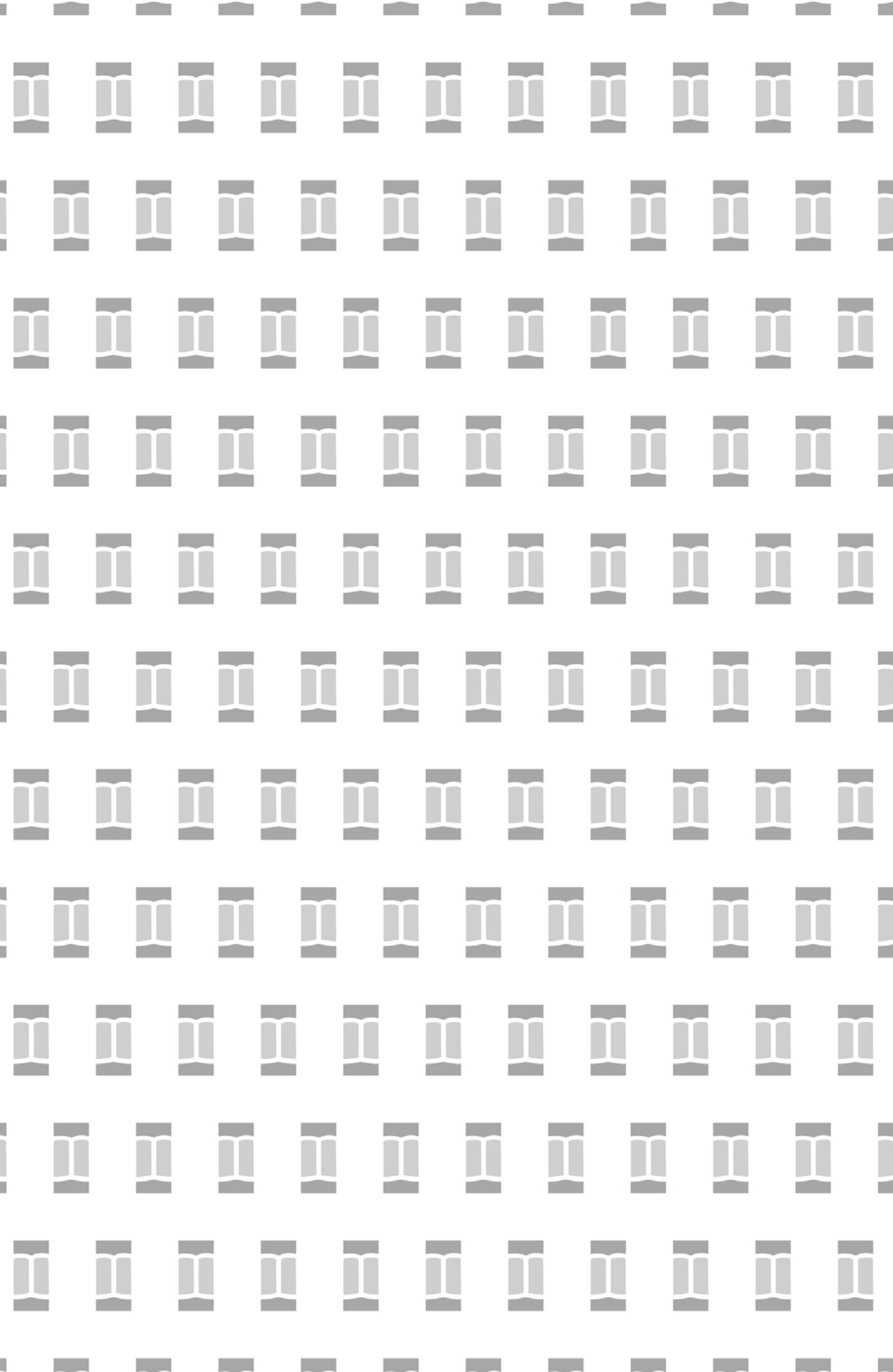
Waldron, J. (2005). Derecho y desacuerdos. Madrid: Marcial Pons.



DERECHOS POLÍTICOS DE LOS DESTINATARIOS DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

se diagramó en el Taller Artes y Letras S.A.S., en junio de 2023
Para su elaboración se utilizó papel Avena 70 g
en páginas interiores y Propalcote 250 g en carátula.
Fuente tipográfica: Century Schoolbook 11 pt







El artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos protege los derechos políticos de los ciudadanos; en su numeral segundo dispone que la ley puede reglamentar su ejercicio, entre otras razones, por condena de juez competente en proceso penal. En consecuencia, las autoridades administrativas no podrían restringir tales derechos. La interpretación vigente de la disposición referida reconoce que son los servidores públicos de elección popular los destinatarios de la protección convencional de los derechos políticos. En este contexto, la Constitución Política de 1991 otorga a la Procuraduría General de la Nación competencias para investigar y sancionar disciplinariamente la conducta oficial de quienes ejercen funciones públicas con la destitución, inhabilidad y suspensión en el ejercicio del cargo. Esta potestad ha sido puesta en duda en el caso de servidores de elección popular porque limita los derechos políticos. A pesar de la interpretación señalada, el artículo 23 ibídem no parece limitar la protección allí contenida a los servidores públicos de elección popular. Esta monografía analiza si la protección del artículo 23 ibídem es aplicable a servidores públicos diferentes a los de elección popular. Además, examina si otras autoridades administrativas, diferentes de la Procuraduría, que también ejercen acción disciplinaria, pueden imponer sanciones que restrinjan derechos políticos. En el texto se argumenta que existen tensiones normativas entre el Sistema Interamericano y el ordenamiento jurídico colombiano sobre la naturaleza jurídica de la autoridad facultada para restringir derechos políticos, pues tales derechos no son exclusivos de los funcionarios de elección popular, sino que abarcan a todos los servidores públicos, e incluso a particulares que ejercen funciones públicas.

ISBNe: 978-628-7557-23-9



